Windscheid, Bernhard

Lehrbuch des Pandektenrechts

Bd.: 2,2

Düsseldorf 1866

Lehrbuch

des

Pandektenrechts.

Von

Dr. Bernhard Windscheid,
ordentlichem Professor des römischen Civilrechts an der Universität
zu München.

Zweiter Band.

Zweite Abtheilung.

Düsseldorf,
Verlagshandlung von Julius Buddeus.
1866.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

Vorrede.

Die erste Abtheilung des zweiten Bandes dieses Lehrbuchs ist im Herbst des vorigen Jahres ausgegeben worden; mit der jetzt erscheinenden zweiten ist der zweite Band vollendet. Derselbe enthält außer dem Obligationenrecht auch das Familienrecht, so daß für den dritten Band nur noch das Erbrecht übrig bleibt. Zur Erleichterung des Gebrauchs füge ich sogleich jetzt ein Register über die beiden ersten Bände hinzu; nach der Vollendung des dritten Bandes wird dasselbe mit einem vollständigen vertauscht werden.

Dieser zweite Band ist nach den gleichen Grundsätzen gearbeitet, wie der erste. Daß mein Streben nach Verdeutschung der Rechtssprache Widerspruch erfahren würde, war vorauszusehen. Die Gründe, welche man dagegen vorgebracht hat, waren mir nicht unerwartet, und scheinen mir nach wie vor von untergeordneter Bedeutung gegenüber dem in der Vorrede zum ersten Band geltend gemachten Gesichtspunkt. In das Register ist die hergebrachte Terminologie vollständig aufgenommen worden. — Man hat mir auf der andern Seite vorgeworfen, daß ich in der Sache nicht kühner gewesen sei, daß ich dem Inhalt der Rechtssätze

gegenüber das nationale Rechtsbewußtsein nicht in ausreichender Weise zur Geltung gebracht habe. Hat man bei diesem Vorwurf wohl den Standpunkt gehörig erwogen, von welchem der Verfasser eines Lehrbuchs des Pandektenrechts, eines Rechtes, welches noch immer in den Gerichten eines nicht unbedeutenden Theils von Deutschland zur Anwendung kommt, nicht abweichen darf? Es ist leicht, von einem römischen Rechtssatz auszusagen, daß er unseren Bedürfnissen oder Anschauungen nicht mehr entspreche; aber damit ist wenigstens für Denjenigen, welcher an der Reception des römischen Rechts als Ganzen festhält, noch nicht bewiesen, daß er nicht mehr gelte. Abgesehen von den Fällen, wo ein römischer Rechtssatz seiner thatsächlichen Voraussetzungen in den heutigen Verhältnissen ermangelt, oder wo er mit allgemein anerkannten Grundprincipien der heutigen Rechtsordnung in Widerspruch steht, wird man ihm seine heutige Geltung so lange nicht bestreiten dürfen, bis man nachzuweisen im Stande ist, daß er durch eine neuere Rechtsquelle aufgehoben sei, und wie schwierig und unsicher dieser Beweis namentlich in dem gewöhnlichen Fall ist, wo es sich um Abänderung durch ein modernes Gewohnheitsrecht handelt, und welcher Mißbrauch mit einer sogenannten Praxis getrieben wird, weiß jeder in diesen Dingen nur halbweg Erfahrene. Der Verfasser eines Lehrbuchs des Pandektenrechts ist in dieser Beziehung in der übelsten Lage, da es ihm an hundert Punkten an den nöthigen Vorarbeiten fehlt. In dieser Lage ist aber, wie ich meine, im Interesse der Sicherheit der Rechtspflege Zähigkeit im Festhalten gerechtfertigter, als leichte Beweglichkeit, welche nur zu sehr der Gefahr unterliegt, subjective Anschauungen mit objectiven Gesichtspunkten zu verwech-

seln. Gründlich kann hier nur durch Gesetzgebung geholfen werden. Sollte dieselbe freilich fortfahren, wie sie in Deutschland begonnen hat, eine Sondergesetzgebung der einzelnen Staaten zu sein, so wäre das kein Gewinn, sondern ein Verlust. Denn wie hoch man auch die Uebelstände des privatrechtlichen Rechtszustandes der Länder des gemeinen Rechts anschlagen mag, sie wiegen leicht wie eine Feder gegen die Schäden, die von dem Verfall der Rechtswissenschaft drohen, welcher die unausbleibliche Folge der Beschränkung auf eine particuläre Rechtsquelle ist. Es ist dieß eine geschichtliche Thatsache, über welche wenigstens Diejenigen, die zur Entscheidung berufen sind, ebenso wenig im Unklaren sein sollten, als darüber, in welchem Grade das beste Gesetzbuch ohne eine ihm zur Seite stehende lebendige, wahrhaft wissenschaftliche Jurisprudenz ohnmächtig ist.

Die Zahl der Druckfehler ist leider auch in diesem zweiten Bande nicht gering. Doch sind glücklicherweise die sinnbeeinträchtigenden Fehler verhältnißmäßig nicht zahlreich; ich habe sie im Interesse des Lesers sogleich auf der folgenden Seite angegeben.

Tegernsee, den 20. September 1866.

Bernhard Windscheid.

Sinnstörende Fehler.

Abth. I S. 128 Z. 17 v. o. l. dieser Gegensatz st. denselben.
" " " 145 " 14 v. u. ist hinter „Gesichtspunkt" ausgefallen „der Verletzung."
" " " 148 " 3 " l. instanz st. existenz.
" " " 158 " 19 v. o. l. dieser andere Theil selbst st. der Antragsteller.
" " " 180 " 12 " l. Schuldners st. Gläubigers.
" " " 185 " 12 v. u. l. Leistung st. Gegenleistung.
" " " 205 " 16 v. o. l. Verkäufer st. Käufer.
" " " 239 " 13 v. u. l. Schuldners st. Erwerbers.
" " " 253 " 2 v. o. l. Schuldübernehmers st. Schuldners.
" " " 255 " 4 v. u. l. Miether st. Vermiether.
" " " 285 " 2 " l. Forderung st. Gegenforderung.
" " " 287 " 7 v. o. l. Gläubiger st. Erwerber.
" II " 79 " 16 u. 17 v. o. l. eine fremde Sache als eigene st. eine eigene Sache als fremde.
" " " 313 " 10 v. u. l. Versprechen des Ersatzes des st. Versprechen des.
" " " 334 " 13 v. o. l. confessoria st. negatoria.
" " " 334 " 13 v. u. l. der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung st. dem gesetzlichen Eigenthumsrecht.
" " " 376 " 5 v. o. l. Hauptschuldners st. Bürgen.
" " " 381 " 10. u. 11. v. o. sind die Worte „Hauptschuldner" und „Bürge" zu vertauschen.
" " " 412 1 v. u. l. ein st. kein.

Die Abkürzung „HGB." bezeichnet das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch.

Inhaltsverzeichniß.

Viertes Buch.
Das Recht der Forderungen.

Zweites Kapitel.
Die einzelnen Forderungsrechte.

Fünftes Buch.

Das Familien-Recht.

Erstes Kapitel.

Die Ehe.

Zweites Kapitel.

Das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern.

Drittes Kapitel.

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Forderungsrechte.

Uebersicht.

§. 362.

Unter den einzelnen Forderungsrechten setzen sich auf den ersten Blick zwei große Klassen ab: die Forderungsrechte aus Verträgen und die Forderungsrechte aus Vergehen (Delicten). Die übrigen Forderungsrechte haben zum Theil eine unverkennbare Verwandtschaft mit Forderungsrechten, welche aus Verträgen, oder solchen, welche aus Vergehen entspringen, und sind daher im Anschluß an die Vertrags- und Vergehensobligationen darzustellen. Jedoch fügen sich nicht alle Forderungsrechte ohne Zwang in eine solche Anlehnung; von denjenigen, welche es nicht thun, ist daher in einer besonderen Abtheilung zu handeln. Endlich aber ist es angemessen, einer besonderen Betrachtung diejenigen Forderungsrechte zu unterwerfen, welche auf Grund einer in der Person eines Dritten begründeten Obligation zustehen. Ganz ausgeschlossen bleiben hier diejenigen Forderungsrechte, welche im Zusammenhang des Sachen-, Familien- oder Erbrechts eine passendere Stelle finden [1].

---

[1] Wenn man von einem „System" der einzelnen Forderungsrechte (des „speziellen Obligationenrechts") spricht, so wird man nicht vergessen dürfen, daß es sich hier nicht um die Aufweisung des Zusammenhangs von Begriffen, sondern um die Darstellung einer Reihe von thatsächlich vorhandenen rechtlichen Erscheinungen handelt. Diese Erscheinungen haben ihren Grund in den Bedürfnissen und Interessen des menschlichen Lebens, und daher wird bei der Anordnung derselben für die Darstellung den obersten Gesichtspunkt immer das Verhältniß bilden müssen, in welchem sie zu den Bedürfnissen und Interessen des menschlichen Lebens stehen. Hiernach ergibt sich die Eintheilung in Forderungsrechte aus Verträgen (Nr. I) und Forderungsrechte aus Vergehen (Nr. III) von selbst. (An die Stelle der Rubrik „Verträge" würde die Rubrik „Rechtsgeschäfte" zu setzen sein, wenn nicht die einseitigen Willenserklärungen, abgesehen von dem in das Erbrecht gehörenden Vermächtniß, für die Erzeugung von Forderungsrechten nach römischem Recht nur eine verschwindende Bedeutung hätten, so daß von ihnen ausreichend schon im allgemeinen Theil des Obligationenrechts gehandelt werden konnte [§. 304]). Man wird sich

I. Forderungsrechte aus Verträgen.

Uebersicht.

§. 363.

Die einzelnen Verträge unterscheiden sich durch die Verschiedenheit ihres Inhalts. Es ist aber weder nöthig, noch ausführbar, von jedem möglichen Vertragsinhalt besonders zu handeln; die einzelnen Verträge sind in Betreff der für sie geltenden Rechtsregeln in erster Linie zu verweisen an die allgemeinen Grundsätze über die Verträge und die Obligationen überhaupt. Von der andern Seite gibt es allerdings Verträge, von denen Besonderes zu sagen ist; diese sind hier darzustellen. Die Anordnung, welche dabei zu Grunde gelegt wird, ist folgende. Zuerst wird gehandelt von dem reinen Vertrag, dem Vertrag, welcher sich unabhängig von seinem Bestimmungsgrund gemacht hat. Sodann folgen: a) der Schenkungsvertrag, — der Vertrag, welcher seinen Grund darin hat, daß Jemandem eine Vermögenszuwendung

---

aber ferner auch der Betrachtung nicht verschließen dürfen, daß z. B. die Obligation aus ungerechtfertigtem Haben, abgesehen davon, daß sie nicht aus Vertrag entsteht, ganz dieselbe Natur hat, wie die Obligation aus dem Empfange eines Darlehns, die Obligation aus der freiwilligen Geschäftsführung dieselbe Natur, wie die Obligation aus der Uebernahme eines Auftrags; daß ferner z. B. die Verpflichtung auf Schadensersatz, welche aus der Nichtreparatur eines baufälligen Gebäudes entsteht, wenngleich Nichtreparatur eines Gebäudes nicht geradezu Delict ist, doch eine unverkennbare Verwandtschaft hat mit der Verpflichtung auf Schadensersatz z. B. aus Zwang und Betrug. Man wird sich daher dem Vorwurf, das natürlich Zusammengehörige auseinandergerissen zu haben, nicht entziehen können, wenn man die Darstellung der condictiones sine causa und der negotiorum gestio nicht mit den Vertragsobligationen, die Darstellung der Lehre vom damnum infectum nicht mit den Delictsobligationen in Zusammenhang bringt. Wie weit man in der Anerkennung einer solchen Verwandtschaft gehen will, darüber zu entscheiden, wird in letzter Linie Sache des Tactes sein. Daß eine solche Verwandtschaft nicht in allen Fällen vorhanden ist, z. B. bei der Alimentationsverbindlichkeit, bei der Verbindlichkeit aus den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen, liegt auf der Hand; hieraus rechtfertigt sich die hier gemachte vierte Abtheilung (Nr. IV). Auch darüber wird man dem individuellen Ermessen die Entscheidung gestatten müssen, ob die Obligationen aus vertrags- und delictsähnlichen Gründen neben ihre Vorbilder unter den Vertrags- und Delictsobligationen gestellt, oder ob aus ihnen

schlechthin gemacht werden soll; b) die Verträge auf Rückgabe, — die Verträge, welche dadurch abgeschlossen werden, daß etwas mit der Auflage der Rückgabe hingegeben wird; c) die Verträge auf Umsatz, oder Tauschverträge im weiteren Sinn, — die Verträge, durch welche der Umtausch eines Vermögenswerthes, Sache oder Arbeit, gegen einen andern vermittelt werden soll. An sie schließt sich an d) der Gesellschaftsvertrag, welcher zwar ebenfalls auf gegenseitige Leistung gerichtet ist, aber zu dem speziellen Zweck, um dadurch eine Vermögensgemeinschaft zu begründen. Sodann machen noch eine besondere Betrachtung nöthig e) der Auftragsvertrag, — der Vertrag, welcher zum Gegenstand eine Dienstleistung hat, die nicht als Tauschgegenstand verwerthet wird; f) die auf Beseitigung einer rechtlichen Ungewißheit gerichteten Verträge, und endlich g) die Glücksverträge, — die Verträge, in welchen die Gefahr eines Verlustes gegen die Möglichkeit eines Gewinnes übernommen wird [1].

---

besondere Rubriken gebildet werden sollen. Hier ist der erste Weg in Betreff der Obligationen aus delictsähnlichen Gründen, der zweite in Betreff der Obligationen aus vertragsähnlichen Gründen gewählt worden (Nr. II). Die fünfte hier gemachte Abtheilung (Nr. V) endlich bildet einen Gegensatz zu allen vorhergehenden Abtheilungen; sie handelt von der möglichen Hinüberwirkung der in einer Person begründeten Obligation auf eine andere Person. — Es braucht nicht erst bemerkt zu werden, daß die hier entwickelte Anordnung in ihren Grundzügen dieselbe ist, welche in den Justinianischen Institutionen befolgt ist (obligationes ex contractu, quasi ex contractu, — ex maleficio, quasi ex maleficio [vgl. §. 302 Note 1]). Die Anordnung in den heutigen Systemen ist eine sehr verschiedene, obgleich der Gegensatz zwischen Vertrags- und Delictsobligationen den meisten zu Grunde liegt (verwischt ist er in dem System von Heise, welches als Eintheilungsgrund den Inhalt der Leistung durchführt). Vgl. den Aufsatz von v. d. Pfordten Abhandlungen Nr. 4 (welcher selbst innerhalb des Gegensatzes zwischen Verträgen und Delicten unterscheidet, ob die begründende Thatsache einseitig oder zweiseitig wirkt), ferner Sintenis II §. 95 Anm. 1.

[1] Auch bei der Anordnung der einzelnen Verträge ist möglichst Rücksicht genommen worden auf die Stellung, welche sie im Leben einnehmen. Diesem Gesichtspunkt gegenüber ist selbst die Scheidung der Verträge in einseitige und zweiseitige (gegenseitige) nicht aufrecht erhalten worden. Es scheint mir z. B. auf der Hand zu liegen, daß der Schiedseidvertrag mit dem Vergleich zusammengehört, obgleich jener ein einseitiger und dieser ein gegenseitiger Vertrag ist. §. 363.

A. Der reine Vertrag.

§. 364.

Der reine Vertrag ist der Vertrag, welcher sich von seinem Bestimmungsgrund losgelöst hat (§. 318 Nr. 2, §. 319). In dem reinen Vertrag gibt der Versprechende die Erklärung schlechthin ab, daß er zu dieser oder jener Leistung verpflichtet sein wolle. In Folge davon ist der Grund, welcher ihn zu dem Versprechen bestimmt hat, nicht maßgebend für den Inhalt der durch das Versprechen für ihn begründeten Verbindlichkeit; dieser Inhalt muß lediglich aus dem Wortlaut der schuldnerischen Erklärung entnommen werden [1], obgleich andererseits Auslegung dieser Erklärung, d. h. Darlegung des mit den gebrauchten Worten wirklich Gemeinten, nicht ausgeschlossen ist [2]. Der Bestimmungsgrund des Versprechens hat für dasselbe nur insofern Bedeutung, als bei Ermangelung des Bestimmungsgrundes, d. h. wenn die Vorstellung von demselben der Wirklichkeit nicht entspricht, das Versprechen nach den Grundsätzen der Lehre von der Voraussetzung (I. §. 97 fg.) angefochten werden kann. Daß eine bestimmte Form für die Gültigkeit des reinen Vertrages nicht erforderlich ist, und ebenso wenig Bezeichnung des Bestimmungsgrundes, ist bereits oben (§. 319 Note 2, §. 318 Note 4) bemerkt worden, so wie daselbst auch schon der Zweifel zurückgewiesen worden ist, ob der reine Vertrag für das heutige Recht überhaupt als rechtsverbindlich anerkannt werden dürfe (§. 318 Note 3). Einen Anwendungsfall des reinen Vertrages bildet auch der Schuldscheinvertrag, wo derselbe wirklich ein selbständiges Leistungsver-

---

§. 364. [1] Aus dem reinen Vertrag wurde bei den Römern eine actio stricti iudicii (iuris) gegeben, d. h. der iudex wurde auf ein oportere schlechthin verwiesen, während bei den individuell characterisirten Verträgen der Nothwendigkeit, den eigentlichen Inhalt der schuldnerischen Verpflichtung mit Rücksicht auf den Bestimmungsgrund des Vertrages zu bestimmen, dadurch Rechnung getragen wurde, daß dem iudex durch Verweisung auf ein oportere ex fide bona eine größere Freiheit des Ermessens eingeräumt wurde.

[2] Auslegungen von Stipulationen finden sich in unseren Quellen zahlreich. Vgl. z. B. l. 8 l. 41 pr. l. 81 pr. l. 94 l. 118 §. 1 l. 122 §. 4 l. 126 §. 2 l. 135 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 4 pr. D. de usur. 22. 1.

sprechen enthält [3]. Unter allen Anwendungsfällen des reinen Vertrages aber würden für das heutige Recht die ohne allen Vergleich wichtigsten die Geschäfte auf Begründung einer Inhaber- und Ordrepapier-Forderung sein, wenn es feststünde, daß diese Geschäfte wirklich Verträge sind.

B. Die Schenkung*.

1. Begriff.

§. 365.

Schenkung im weiteren Sinn ist jede nicht testamentarische [1] Vermögenszuwendung [2], durch welche a) das Vermögen des Em-

---

[3] Ein Leistungsversprechen, nicht bloß ein Beweisversprechen; und ein selbständiges Leistungsversprechen, nicht bloß ein Erfüllungsversprechen. S. §. 284ᵃ Note 6 u. 7. Hinzuzufügen zu dem daselbst Gesagten ist, daß der Schuldnerwille nicht bloß durch das Bekenntniß des Schuldigseins, sondern auch durch das Bekenntniß einer verpflichtenden Thatsache, z. B. des Empfangs eines Darlehns, ausgedrückt werden kann. Vgl. §. 354 Note 2 und den Fall bei Seuff. Arch. V. 127 (§. 370 Note 11).

* Inst. 2. 7, Dig. 39. 5, Cod. 8. 54 de donationibus. — v. Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht. 1. Bd. 1835, 2. Bd. 1. Abth. 1837. Savigny System IV §. 142—176. Schilling Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts III S. 741—977. Vangerow I §. 121—125, Sintenis I §. 23, II §. 110, Böcking I §. 106, Unger II §. 95—99. Vgl. auch Unterholzner II S. 494 fg. §. 365.

[1] In uneigentlichem Sinne wird auch das Vermächtniß eine Schenkung genannt. L. 36 D. de leg. II⁰ 31, §. 1 I. de leg. 2. 20.

[2] In uneigentlichem Sinne wird auch von einer Schenkung der Freiheit, der Civität gesprochen. Meyerfeld §. 7 Note 1; Gai. I. 94, III. 20. Eben so uneigentlich ist es, wenn in l. 14 D. de prec. 43. 26 das Precarium unter den Gesichtspunkt der Schenkung gestellt wird (vgl. auch l. 17 §. 3 D. commod. 13. 6), da in dem Gewähren des Gebrauchs einer Sache, wenn nicht dadurch dem Empfänger eine Ausgabe erspart wird, die er sonst gemacht haben würde (Note 14), wenngleich eine Diensterweisung, doch keine Vermögenszuwendung liegt. Wie mit der Gewährung des Gebrauchs von Sachen, verhält es sich auch mit der Gewährung des Gebrauchs oder mit der Leistung von Diensten, vorausgesetzt, daß durch dieselben nicht Eigenthum verschafft (Specification), oder vorhandenes Eigenthum im Werth gesteigert wird (l. 31 pr. §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). Vgl. auch Voigt condictiones ob causam S. 426. 429. 430.

pfängers vermehrt wird [3]; b) deren Bestimmungsgrund für den Zuwendenden die Absicht ist, das Vermögen des Empfängers zu vermehren [4], und die c) von dem Empfänger als eine in dieser

---

3 Eine Vermögenszuwendung enthält eine Vermehrung des Vermögens (Bereicherung) des Empfängers dann nicht, wenn sie mit einer entsprechenden Vermögensaufopferung für denselben verbunden ist. Von dieser Art ist das Leisten des Schuldners an den Gläubiger zum Zweck der Erfüllung seiner Verbindlichkeit (über den Fall der natürlichen Verbindlichkeit s. §. 288 Note 8, §. 289 Note 5. 10); das Leisten gegen entsprechende Gegenleistung oder mit Auferlegung einer solchen (— ist die Gegenleistung nicht entsprechend, so liegt theilweise Schenkung vor, l. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 § 5 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 —); das Leisten mit Auferlegung der Rückgabe des Empfangenen an den Geber (z. B. Darlehn), oder der Weitergabe an einen Dritten (s. darüber l. 5 §. 9 D. de I. D. 23. 3, l. 49 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, vgl. l. 34. eod.), oder einer sonstigen Wiederausscheidung aus dem Vermögen (z. B. Freilassung des geschenkten Sclaven, l. 18 §. 1 h. t.); das Leisten unter der Bedingung der Wiederausscheidung aus dem Vermögen des Empfängers, so daß das Gegebene erst in und mit der Wiederausscheidung in das Vermögen des Empfängers eintreten soll (in dieser Weise wird aufrechterhalten die verbotene Schenkung zum Zweck der Wiederausscheidung, l. 5 §. 8—12 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 7 § 8. 9 l. 8 l. 9 pr. eod., l. 22 C. eod., Ulp. VII. 1, Paul. R. S. II. 23 §. 2). In den zuletzt genannten Fällen kann aber eine Bereicherung für den Empfänger durch den Genuß der Zwischenzeit oder die Ersparung einer Ausgabe bewirkt werden. S. l. 18 §. 1 D. h. t., l. 49 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 und Note 14. — Eine Bereicherung liegt ferner nicht darin, daß einem Gläubiger für das, was er zu fordern hat, Bürgschaft geleistet oder ein Pfand gegeben wird, selbst dann nicht, wenn der Schuldner insolvent ist (es würde ja auch keine Bereicherung des Gläubigers sein, wenn demselben für den insolventen Schuldner sogleich gezahlt würde). Ebensowenig liegt eine Bereicherung des Schuldners darin, daß der Gläubiger ihm das bestellte Pfand erläßt. L. 1 §. 9 D. si quid in fraud. patr. 38. 5; l. 1 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 18 D. quae in fraud. cred. 42. 8, l. 11 C. ad SC. Vell. 4. 29. Vgl. Dernburg Pfandr. I S. 169—174.

4 Schenkung ist die Bereicherung um der Bereicherung willen. Dasjenige, was durch die Bereicherung erreicht werden soll, ist nicht etwas außer ihr Liegendes, sondern eben das Reicherwerden des Empfängers. In diesem Sinne enthält jede Schenkung eine „liberalitas". L. 1 pr. D. h. t. „Dat aliquis . . propter nullam aliam causam . . ., quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat; haec proprie donatio appellatur". S. auch l. 1 § 1 eod. Es ist aber mit dem Bestimmungsgrund der Bereicherung, welcher dieselbe zur Schenkung macht, nicht zu verwechseln der Bestimmungsgrund der Schenkung selbst, d. h. der Grund, aus welchem die Absicht gefaßt wird, einen Andern zu bereichern, um ihn zu bereichern. Dieser Grund kann möglicherweise Wohlwollen gegen den Empfänger sein; aber auch die Erwartung, daß dadurch ein

Absicht gemachte angenommen wird[5]. Im engeren Sinne [5a] ist Schenkung nur diejenige Vermögenszuwendung, durch welche zu-

---

egoistischer Zweck werde gefördert werden, oder Eitelkeit, oder die Macht der öffentlichen Meinung, oder widerrechtlicher Zwang eines Dritten, oder irgend ein anderer, — für den Begriff der Schenkung ist das gleichgültig. Das Gesagte läßt sich auch so ausdrücken: die Schenkung ist eine Bereicherung, deren erste Absicht das Reicherwerden des Empfängers ist; auf die hinter dieser Absicht stehenden ferneren Absichten kommt es nicht an (I §. 98). — Beispiele von Fällen, in denen zwar eine Bereicherung vorliegt, aber keine Schenkung, weil die erste Absicht der Bereicherung nicht auf das Reicherwerden des Empfängers gerichtet ist, sind folgende: Leistung conditionis implendae gratia (Absicht: Erwerb der ausgesetzten testamentarischen Zuwendung); vergleichsweiser Erlaß eines Theils der Forderung (Absicht: sich die Leistung des übrigen Theils zu sichern). Gehört auch das Geben einer Dos hierher? S. §. 492 Note 4. — Die Quellen bezeichnen die zur Schenkung nöthige Absicht einfach als donandi animus. Vgl. Meyerfeld I S. 7. 8. Eine sehr ungenügende Begriffsbestimmung gibt l. 29 pr. D. h. t. (l. 82 D. de R. I. 50. 17): „Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur". Darnach wäre z. B. auch das Geben eines Darlehns Schenkung.

5 Die Schenkung ist also ein Vertrag. L. 19 §. 2 D. h. t. „Non potest liberalitas nolenti acquiri". L. 18 pr. D. de R. C. 12. 1. „Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit, donationem non esse". A. M. Meyerfeld §. 6, Savigny §. 160, welche die Ansicht vertreten, daß die Schenkung Annahme von Seiten des Beschenkten nur insofern erfordere, als ohne dieselbe die Vermögenszuwendung, durch welche die Schenkung vollzogen wird, nicht zu Stande kommen kann, also allerdings z. B. die Schenkung durch Eigenthumsübertragung (l. 10 D. h. t., l. 55 D. de O. et A. 44. 7), nicht aber z. B. die Schenkung durch Bezahlung einer fremden Schuld (l. 7 §. 7 l. 50 pr. D. de. don. i. v. e. u. 24. 1 in Verbindung mit l. 23 D. de solut. 46. 3), durch Nichtunterbrechung einer Verjährung (l. 5 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1), durch absichtlich schlechte Führung eines Prozesses (l. 5 § 7 eod.); vgl. auch Schilling §. 349 Nr. 3. Gegen diese Ansicht haben sich ausgesprochen Puchta Instit. II §. 205. p, Böcking a. a. O. Note 12, Unger S. 195—197, Vangerow S. 176. 177. Ich halte für entscheidend nicht die citirte l. 19 §. 2 D. h. t., die allenfalls von dem gewiß gewöhnlichsten Fall der Schenkung, der Schenkung durch Eigenthumsübertragung, verstanden werden kann, auch nicht l. 44 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, wo die entscheidenden Worte („et hoc et mulier noverit") auf eine Eigenthumsübertragung (durch constitutum possessorium) hinweisen („interrumpetur possessio", im Gegensatz zu l. 5 §. 6 eod., wo die Verjährung fortläuft, Savigny S. 576): wohl aber die citirte l. 18 pr. D. de R. C., deren Erklärung durch Savigny (S. 157 vv. Ein zweyter Irrthum), wie mir scheint, offensichtlich ungenügend ist. Dieser Stelle gegenüber müssen sich l. 5 § 6. 7 l. 7 §. 7 l. 50 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1

gleich das Vermögen des Zuwendenden in entsprechender Weise vermindert wird[6].

Die Vermögenszuwendung, durch welche die Schenkung vollzogen wird, kann von der verschiedensten Art sein; im Einzelnen: Verschaffung des Eigenthumsrechtes[7], Verschaffung eines Rechtes

---

die Hineintragung gefallen lassen, daß die Annahme des Beschenkten in ihnen vorausgesetzt werde.

[5a] Das juristische Interesse des Begriffs der Schenkung im engeren Sinn liegt darin, daß nur auf die letztere sich die positiven Beschränkungen der Schenkung (§. 367) beziehen.

[6] Durch welche, wie der Empfänger „locupletior", so der Geber „pauperior" wird. L. 25 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: — „nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit". L. 5 §. 8. 16 D. eod. Schenkung im engeren Sinn ist daher nicht die Ausschlagung oder sonstige Verhinderung eines Erwerbes, um den Gegenstand desselben einem Andern zuzuwenden oder nicht zu entziehen: l. 5 §. 13. 14 l. 31 §. 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Vgl. l. 1 §. 6 D. si quis in fraud. patr. 38. 5, l. 6 pr. — §. 5 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Wie aber, wenn Jemand auf die Nutzung eines Vermögensstückes zu Gunsten eines Andern verzichtet: liegt auch darin keine Vermögensverminderung? Das Verhältniß ist hier doch ein anderes: das Vermögen ist dazu da, Ertrag zu gewähren, und gewährt ihn mit einer derartigen Sicherheit, daß auch der künftige Ertrag gleichsam schon jetzt Vermögensbestandtheil ist. So wird denn auch der Verzicht auf die Nutzung als Schenkung im engeren Sinne behandelt in l. 9 §. 1 (auch wohl im pr.) D. h. t., l. 20 C. de I. D. 5. 12, l. 8 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, l. 49 D. eod., l. 21 §. 1 l. 54 D. eod.; abweichend freilich entscheiden in Betreff der Zinsen l. 23 pr. D. h. t. (vgl. übrigens auch Unger §. 95 Note 17), l. 31 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Eine andere Frage ist es, ob auch dasjenige, was der Beschenkte von dem geschenkten Gegenstand an Nutzungen zieht, als Schenkung angesehen werden soll; die Frage ist deßwegen eine andere, weil auf diese Nutzungen der Schenkungswille wenigstens nicht unmittelbar gerichtet war. Diese Frage wird denn auch verneint in l. 9 §. 1 l. 11 D. h. t., l. 7 §. 3 i. f. l. 15 § 1 l. 16 l. 17 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9 §. 1 eod., l. 62 D. sol. matr. 24. 3; nur für die fructus industriales wird sie verneint in l. 45 D. de usur. 22. 1, bejaht für den Sclavenerwerb in l. 17 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (l. un. C. si dos 5. 19 handelt gar nicht von diesem Fall, sondern von der Schenkung der Nutzung als solcher). Vgl. Savigny S. 35 fg.

[7] Der häufigste und wichtigste Fall der Schenkung, weßwegen die Institutionen die Schenkung geradezu als Eigenthumserwerbart darstellen. (Verschaffung des Eigenthums durch Specification: l. 31 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1.)

an fremder Sache [8], Verschaffung des Besitzes [9], Verschaffung eines Forderungsrechtes [10], Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung [11], Befreiung von einer Schuld [12]. Auch dadurch ferner kann eine Schenkung vollzogen werden, daß die Sache eines Andern werthvoller gemacht, oder gegen eine Werthminderung ge-

---

[8] L. 17 D. comm. praed. 8. 4, l. 1 §. 7 D. de superf. 43. 18, §. 3 I. de loc. 3. 24.

[9] Daß auch in der Verschaffung des bloßen Besitzes eine Schenkung liege, sagt l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. „Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est", d. h. der Ehegatte, welcher dem andern Ehegatten eine fremde Sache schenkt, kann den Besitz derselben zurückfordern (condicere, l. 6 eod., vgl. l. 1 §. 4 D. de acq. vel am. poss. 41. 2). Auch in anderen Beziehungen wird der bloße Besitz als Vermögensvermehrung, und auf Grund davon als Gegenstand der Rückforderung behandelt, s. §. 421 Note 7. — Zu der cit. l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 stimmen l. 25 eod. und l. 3 D. pro donato 41. 6 insofern nicht, als in diesen Stellen die Schenkung einer fremden Sache als mögliche Grundlage der Ersitzung deßwegen bezeichnet wird, weil eine solche Schenkung den Schenkenden nicht ärmer und den Empfänger nicht reicher mache, und daher zwischen Ehegatten gültig sei. Man wird sich aber der Ueberzeugung nicht verschließen dürfen, daß diese Begründung nicht correct ist: Verschaffung des bloßen Besitzes, wenn sie auch noch so gültig ist, kann nimmermehr Titel für eine Eigenthumsersitzung sein. Der wahre Grund, weßwegen auf Grund einer Schenkung zwischen Ehegatten ersessen werden kann, ist, weil der Empfänger trotz der ihm bekannten Ungültigkeit der Schenkung bei dem fortdauernden Schenkungswillen des Gebers nicht im Bewußtsein materiellen Unrechts ist (er hat immerhin „causam possidendi", l. 36 pr. D. de don. . v. e. u. 24. 1, und s. I §. 176 Note 5. 6). Die herrschende Meinung (welche auch ich an dem zuvor bezeichneten Orte festgehalten habe, der aber, wie ich jetzt glaube, nicht unerhebliche Zweifel entgegenstehen) versteht l. 25 und l. 3 citt. bloß von dem Fall, wo der Schenker keinen Ersitzungsbesitz hat; die Schwierigkeit ist dadurch gemindert, aber nicht beseitigt. Vgl. auch Unterholzner Verjährungslehre I S. 392—394, v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XVI S. 248—251.

[10] Gegen den Schenker oder gegen einen Dritten. Ueber den zweiten Fall s. l. 2 pr. §. 1. 2 l. 21 §. 1 l. 33 §. 3 D. h. t., l. 11 C. eod., l. 52 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; l. 34 pr. D. h. t., l. 11 D. de dote prael. 33. 4; l. 35 §. 2 D. h. t. (vgl. §. 313 Note 3. 6); l. 33 i. f. D. de I. D. 23. 3, l. un. §. 13 C. de rei ux. act. 5. 13; l. 2. 3. 33 C. h. t.

[11] L. 17 D. comm. praed. 8. 4.

[12] L. 17 D. h. t., l. 1 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6; l. 7 §. 7 l. 50 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 21 pr. D. h. t., l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4, l. 33 D. de nov. 46. 2; l. 31 §. 1. 4 D. de m. c. don. 39. 6.

schützt wird [13]; ferner dadurch, daß ihm eine Ausgabe erspart wird [14]. Ob die Vermögensvermehrung unmittelbar hervorgebracht wird, oder durch die Vermittelung von Mittelgliedern, welche der Schenker in Thätigkeit setzt, ist gleichgültig [15]; von der letzteren Art ist im Besonderen der Fall, wo der Schenker dem zu Beschenkenden durch die Leistung eines Andern verschafft, was er ihm schenken will [16]. Ebenso ist es gleichgültig, ob die Vermögens-

---

[13] L. 14 D. h. t., l. 2 i. f. C. de R. V. 3. 32; l. 31 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (erster Fall; in demselben ist Schenkung vorhanden, aber keine verbotene Schenkung zwischen Ehegatten, l. 28 §. 2 eod.), l. 31 §. 10 eod. (Note 14).

[14] L. 9 pr. D. h. t. „In aedibus alienis habitare gratis, donatio videtur. Id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit". Eine strengere Auffassung wird jedoch in Betreff des Verbotes der Schenkung zwischen Ehegatten durchgeführt; l. 5 §. 8 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: — „nec moveat quemquam, quod emeret, nisi a marito accepisset; nam etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset, non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit", vgl. auch l. 5 §. 17 eod. Bei der Bestimmtheit, mit welcher l. 5 §. 8 cit. redet, darf aus l. 50 §. 1 eod. vv. *quod aliter emturus non fuit* ein argumentum a contrario nicht gezogen werden. In Widerspruch steht auch nicht l. 31 §. 10 D. eod., welche Stelle es für eine verbotene Schenkung erklärt, wenn die Frau die Ernährung der Sclaven des Mannes aus ihrem Vermögen besorge. Die Bereicherung des Mannes besteht hier nicht in der ihm ersparten Ausgabe, sondern darin, daß er gegen den Verlust der Sclaven geschützt wird. — Savigny (§ 151. g) will die Ersparung einer Ausgabe überhaupt nur dann als Schenkung anerkennen, wenn die Ausgabe eine nothwendige sei. Er beruft sich auf l. 47 §. 1 D. de solut. 46. 3, welche Stelle aber von nothwendigen Ausgaben nur in dem Sinne spricht, daß es bei ihnen vollkommen sicher ist, daß sie ohne die Dazwischenkunft des Dritten aus eigenem Vermögen gemacht worden sein würden.

[15] Beispiele mittelbarer Hervorbringung der Vermögensvermehrung: Gewährung der Befugniß, die Früchte einer Sache oder die Zinsen eines Kapitals für sich zu ziehen (l. 9 §. 1 l. 6 D. h. t., l. 9 pr. eod.); absichtliche Führung eines Prozesses in der Weise, daß ein ungünstiges Urtheil erfolgen muß (l. 5 §. 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 1 §. 7 D. si quid in fraud. patr. 38. 5); Nichtunterbrechung einer Verjährung (l. 5 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, vgl. l. 3 §. 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8; über l. 44 D. de don. i. v. e. u. s. Savigny Zeitschr. f. gesch. RW. I. 10 und System IV S. 570 fg., Bacher Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 184 fg.; vgl. übrigens auch im Allgemeinen Savigny System IV Beil. IX).

[16] L. 34 §. 7 D. de sol. 46. 3, l. 19 §. 3 D. h. t., l. 21 §. 1 D. eod., l. 2 §. 2 l. 33 §. 3 eod. Vgl. §. 412 Note 9.

vermehrung unmittelbar in der Person des Beschenkten hervorgebracht wird, oder in der Person eines Dritten [17].

Ueber die Gründe, welche die hier angenommene Stellung der Schenkung im Systeme rechtfertigen, s. die Note [18].

---

[17] L. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 15 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 pr. l. 2 §. 2 l. 33 §. 3 D. h. t. Vgl. §. 412 Note 9.

[18] Die Institutionen stellen, wie bemerkt (Note 7), die Schenkung in die Lehre vom Eigenthumserwerb. Dieß ist gewiß unrichtig, da die Schenkung, auch abgesehen davon, daß sie nicht bloß durch Eigenthumsübertragung vollzogen werden kann, eben nur durch Eigenthumsübertragung vollzogen werden kann, nicht aber Eigenthumserwerbart ist. Nach der jetzt herrschenden Meinung soll die Schenkung in den allgemeinen Theil des Systems (in die allgemeine Lehre von den Rechtsgeschäften) gehören. Diese Ansicht ist zuerst von Puchta (System des gemeinen Civilrechts [1832] §. 35) aufgestellt, und durch Savigny a. a. O. S. 2 fg. zur allgemeinen Anerkennung gebracht worden; ihr folgen Sintenis I S. 199 Note 1, Vangerow I S. 177, Arndts §. 80 Anm. 5, Keller S. 123, Brinz §. 102, Unger S. 200, und als richtig erkennt sie auch Schilling S. 782 an. Trotz dieser Autoritäten kann ich mich von ihrer Richtigkeit nicht überzeugen. Sie stützt sich darauf, daß die Schenkung nicht „ein einzelnes Rechtsgeschäft" sei, sondern „ein allgemeiner Character, welchen die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können" (Savigny S. 3). Ich möchte zunächst fragen, ob man, wenn man nicht für die Lehre von der Dos einen auch meiner Ansicht nach durchaus passenden Platz im Familienrechte hätte, auch sie in den allgemeinen Theil zu stellen geneigt sein würde? Und doch gilt für die Bestellung einer Dos ganz das Gleiche, wie für die Schenkung; auch sie kann durch Acte der verschiedensten Art vollzogen werden. Aber man nehme auch nur den Kauf; kann man nicht verkaufen, so gut wie eine Sache, auch eine Dienstbarkeit, eine Forderung, eine Liberation? Man sage nicht, daß der Verkauf das Versprechen einer Vermögensleistung sei, nicht eine Vermögensleistung. Der Verkauf ist an und für sich nicht das Eine und nicht das Andere. Der Verkauf ist die Erklärung, daß man — gegen ein Aequivalent in Geld — ein Stück aus seinem Vermögen ausscheide, und in das Vermögen des Käufers hineinsetze. Genügt diese Erklärung zur Bewirkung der gewollten Vermögensversetzung, so ist der Kauf wirkliche Vermögensleistung; genügt sie nicht, so begründet er die Verpflichtung, zu der abgegebenen Erklärung zu stehen, und dasjenige hinzuzuthun, was zur Realisirung der in ihr bezeichneten Vermögensversetzung erforderlich ist (also z. B., wenn eine körperliche Sache verkauft worden ist, Tradition). Und nicht anders verhält es sich mit der Schenkung. Auch die Schenkung enthält die Erklärung einer Vermögensversetzung, nur nicht einer Vermögensversetzung gegen eine Gegenleistung, und die Schenkung ist wirkliche Bewirkung der Vermögensversetzung und Sichanheischigmachen zur Bewirkung derselben unter den nämlichen Voraussetzungen, unter welchen der Kauf es ist. Die Schenkung

2. Verbindlichkeiten.

§. 366.

Die Schenkung erzeugt eine Verbindlichkeit nicht in jedem Fall. Sie erzeugt eine Verbindlichkeit 1) dann, wenn die Absicht der Schenkung lediglich auf die Erzeugung einer Verbindlichkeit gerichtet ist, wenn der Schenker dadurch schenken will, daß er sich

---

ist gerade so sehr und gerade so wenig „ein allgemeiner Character" von Rechtsgeschäften, wie der Kauf es ist; d. h. sie ist es nicht, wie der Kauf es nicht ist, sie ist ein concretes, ein „einzelnes" Rechtsgeschäft, wie dieser. Indem man die Schenkung einen allgemeinen Character nennt, welchen „die verschiedensten Rechtsgeschäfte" annehmen können, dreht man, wie mir scheint, das wahre Verhältniß geradezu um. Diese „verschiedensten Rechtsgeschäfte" sind nichts real Existirendes; es wird nie eine Eigenthumsübertragung, eine Forderungsbegründung, eine Liberation als solche gemacht; in der Wirklichkeit gibt es nur Eigenthumsübertragungen ꝛc. aus diesem oder jenem Bestimmungsgrund, mit diesem oder jenem „Character". Der „Character" ist es, welcher den Act aus der Abstraction in die Realität hinüber zieht, und einer dieser möglichen Realität schaffenden „Charactere" ist die Schenkung. (Vgl. hierzu auch v. Salpius Novation und Delegation S. 215 fg.) — Aus diesen Gründen bin ich zu derjenigen Stellung der Schenkung im System zurückgekehrt, welche vor Puchta und Savigny die gewöhnliche war, und stelle sie unter dem Gesichtspunkt eines Obligationen erzeugenden Rechtsgeschäfts dar. Man darf dabei nur nicht vergessen, was so eben hervorgehoben wurde, daß die Schenkung nicht bloß dann eine Verbindlichkeit zu erzeugen im Stande ist, wenn sie auch äußerlich als Versprechen auftritt. Jede Schenkung erzeugt möglicherweise eine Verbindlichkeit, — sobald nämlich der Effect der Schenkungserklärung dem Inhalt der Erklärung nicht entspricht. Möglicherweise, wenn ein solches Entsprechen vorliegt, erzeugt sie eine Verbindlichkeit nicht; aber möglicherweise, in demselben Fall, erzeugt auch der Kauf eine Verbindlichkeit nicht. Nun kommt allerdings hinzu, daß dasjenige, was von der Schenkung abgesehen von der durch sie erzeugten Verbindlichkeit rechtlich auszusagen ist, an Umfang und Wichtigkeit das über die Schenkungsverbindlichkeit zu Sagende übertrifft; aber diese Inconcinnität ist eben nicht zu vermeiden. Würde man, wenn es in Betreff des Darlehns außer dem SC. Macedonianum noch drei oder vier andere beschränkende Vorschriften gäbe, die Lehre vom Darlehn deßwegen weniger in das Obligationenrecht stellen wollen? Die vollkommen richtige Stellung der Schenkung wäre in einem Rechtstheile, welcher die concreten Thatsachen, auf welchen die Vermögensbewegung beruht, als solche, abgesehen davon, ob sie eine Verbindlichkeit erzeugen oder nicht, darstellte. Einen solchen Rechtstheil zu bilden, schlägt Meyerfeld S. 89—92 vor. Ich halte diesen Vorschlag deßwegen nicht für zweckmäßig, weil in diesem Rechtstheil doch in weit überwiegendem Maaße nur von Obligationen die Rede sein würde. — Vgl. auch noch §. 413 Note 13.

zum Schuldner macht. 2) Jede andere Schenkung erzeugt eine Verbindlichkeit dann, wenn die Vermögenszuwendung, auf welche sie gerichtet ist, nicht durch die Schenkung selbst sogleich zur Vollendung gebracht ist; sie erzeugt in diesem Fall die Verbindlichkeit, dasjenige, was zur Vollendung der Vermögenszuwendung nöthig ist, hinzuzuthun: namentlich also erzeugt die Schenkung von körperlichen Sachen die Verbindlichkeit zur Tradition [1].

Die Verbindlichkeit aus der Schenkung hat folgende Eigenthümlichkeiten.

1. Der Schenker haftet nur für Arglist und die der Arglist gleichstehende Nachlässigkeit [2].

2. Den von der Sache gezogenen Gewinn braucht er nicht mit herauszugeben [3]; für denjenigen, welchen der Beschenkte hätte ziehen können, haftet er nicht einmal im Falle des Verzuges [4].

3. Er hat die Rechtswohlthat des Nothbedarfs, und zwar in der Weise, daß er dabei seine übrigen Schulden in Abzug bringen kann [5].

4. [6] Er haftet nicht, wenn die geschenkte Sache sich als fremde ausweist, und nicht einmal im Fall der Entwehrung (Eviction) [7]. Dabei wird jedoch vorausgesetzt: a) daß die geschenkte Sache nicht als fremde, und b) daß nicht eine generisch bestimmte Sache geschenkt worden sei. In dem einen und dem anderen Fall liegt in der Schenkung die Uebernahme der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigenthums an der Sache [8].

---

1 Vgl. §. 365 Note 18. Gerade diesen Fall hatte Justinian im Auge, als er in l. 35 §. 2 C. h. t. vorschrieb, daß die Schenkung auch ohne Stipulation rechtsbeständig sein solle. S. auch §. 2 I. h. t., Nov. 162 c. 1. §. 366.

2 S. §. 265, namentlich Note 12.

3 S. §. 327 Note 6.

4 L. 22 D. h. t. (vgl. §. 280 Note 9). Seuff. Arch. I. 55, V. 19. 284.

5 S. §. 267 Note 10, §. 268 Note 2.

6 Vgl. zum Folgenden, worüber die Meinungen sehr auseinandergehen, Thibaut civil. Abhandlungen Nr. 4, Glück XX S. 237 fg., Vangerow III §. 610 Anm. 2, Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 245 fg.

7 Der Schenker schenkt das Geschenkte, wie er es hat. L. 18 §. 3 D. h. t., l. 2 C. de evict. 8. 45 (vgl. Paul. S. R. V. 11 §. 5), s. auch l. 48 D. de R. V. 6. 1, l. 131 §. 1 D. de V. O. 45. 1. Schenkt er wissentlich eine fremde Sache als eigene, so haftet er aus seiner Arglist auf Schadensersatz. L. 18 §. 3. cit.

8. Der Schenker muß in beiden Fällen a) den Beschenkten zum Eigen-

5. Der Schenker haftet nicht wegen Fehlerhaftigkeit der geschenkten Sache [9]. Doch gilt bei der Schenkung generisch be-

---

thümer machen. Die beschränkte Verpflichtung des Käufers, welcher nur für Entwehrung haftet (§. 389 Note 3. 5), auf den Schenker zu übertragen, ist kein Grund vorhanden. b) Er muß aber den Beschenkten nicht bloß überhaupt zum Eigenthümer machen, sondern er muß ihm auch gemäß der Regel (§. 342 Note 5. 6) unbeschränktes und unwiderrufliches Eigenthum verschaffen, ein solches Eigenthum, welches ihm das habere licere gewährt. L. 45 §. 1 l. 46 D. de leg. I° 30, l. 29 §. 3 de leg. III° 32, l. 58 D. de evict. 21. 2, l. 72 §. 5 l. 98 pr. vgl. l. 69 D. de sol. 46. 3. — Die jetzt vorherrschende Meinung nimmt Verhaftung wegen Eviction an bei der donatio generis, nicht bei der donatio speciei. Bekker a. a. O. dagegen ist zu der Meinung der Glosse zurückgekehrt, wornach unterschieden werden soll zwischen Schenken durch Geben (Tradition) und Schenkungsversprechen; aus dem letzteren werde wegen Eviction gehaftet, nicht aus dem ersteren. Jedoch gibt Bekker zu, daß auch das Schenkungsversprechen möglicherweise nur auf das dem Schenker an der geschenkten Sache zustehende Maaß von Recht gerichtet sein könne, ja daß das Gegentheil in jedem einzelnen Falle besonders gerechtfertigt werden müsse; und was die Schenkung durch Geben angeht, so liegt auch in dieser, wie in jeder Schenkung, die Uebernahme einer Verbindlichkeit (§. 365 Note 18), so daß es also auch bei ihr lediglich auf die Willensmeinung des Schenkers ankommt. — Bei der donatio generis fragt sich aber nun ferner, worauf der Schenker im Falle der Eviction bez. der mangelnden Eigenthumsverschaffung hafte, ob auf Geben einer anderen Sache, oder auf Leistung des Interesse, welches der Beschenkte an dem Behalten der hingegebenen Sache hat? Für das Erstere Glück und Vangerow a. aa. OO.; für das Letztere Bekker. Die oben genannten Stellen gewähren m. E. kein anderes Resultat, als daß im Falle der Eviction die Verbindlichkeit des Schuldners unerfüllt sei, und daß sie daher von Neuem, nach ihrem ursprünglichen Inhalt, also auf Geben einer Sache der bestimmten Art, geltend gemacht werden könne. Das römische Recht konnte auch nicht anders entscheiden, da die in der Hingabe liegende Willenserklärung des Schuldners (du sollst Eigenthümer dieser Sache werden) für das römische Recht wegen Mangels der Form unverbindlich war (man bemerke: diese Erklärung ist keine Schenkungs-, sondern eine Erfüllungserklärung). Für das heutige Recht aber, wo dieses Hinderniß nicht mehr besteht, ist sie nicht mehr unverbindlich; und so muß also nach heutigem Recht dem Gläubiger gestattet werden, den Schuldner aus derselben in Anspruch zu nehmen. Von der anderen Seite darf aber dem Gläubiger auch nicht verwehrt werden, wenn es ihm besser paßt, eine andere Sache aus demselben Genus zu fordern. Denn es ist immerhin wahr, daß seine Forderung unerfüllt ist, und man wird nicht sagen dürfen, daß er durch Annahme des Hingegebenen sich auch seinerseits anheischig gemacht habe, nichts Anderes, als das Hingegebene fordern zu wollen. Vgl. §. 394 Note 22.

9 L. 62 D. de aed. ed. 21. 1. Das gilt auch von dem Fall der Schenkung

stimmter Sachen der Satz, daß nicht das Schlechteste aus der Gattung gegeben werden darf[10].

3. Besondere Vorschriften für die Schenkung.

§. 367.

Für die Schenkung im engeren Sinn gelten eine Reihe besonderer Vorschriften.

1. Die Schenkung zwischen Ehegatten ist ungültig. Davon näher unten im Familienrecht.

2.[1] Schenkungen im Werth von mehr als 500 Ducaten[2] bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Erklärung zu gerichtlichem Protocoll (Insinuation)[3]. Bei der Berechnung des Werthes werden die von dem Schenkungsgegenstand gezogenen Nutzungen nicht

---

einer fremden Sache als fremden; der Schenker hat sie versprochen, wie sie ist (vgl. l. 45 §. 2 D. de leg. I° 30).

[10] L. 35 pr. §. 1. 2 C. h. t. Vgl. l. 110 l. 37 D. de leg. I° 30 und Schliemann Haftung des Cedenten S. 37 fg.

[1] Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 1 (1828); Savigny S. 209 fg., Schilling S. 908 fg. §. 367.

[2] Die römische Vorschrift nennt 500 solidi. Die Substituirung des Ducaten beruht auf der Praxis. Und zwar sind unter Ducaten Reichsducaten ($67\,^{67}/_{71}$ auf die feine Mark Goldes) zu verstehen, deren Werth durch die Praxis und reichsgesetzlich auf 4 fl. im 18 Guldenfuß (nicht wie Savigny S. 210 und nach ihm das Rostocker Erkenntniß bei Buchka und Budde Entscheidungen IV S. 74 und das Oldenburger bei Seuff. Arch. XVIII. 39 annehmen, im 20 Guldenfuß) bestimmt ist. Hiernach sind 500 solidi = $1555^5/_9$ Thaler im 14 Thalerfuß oder $2722^2/_9$ Gulden im $24^1/_2$ Guldenfuß. Francke Arch. f. civ. Pr. XLVII. 18.

[3] Die Erklärung kann vor jedem Richter geschehen, l. 30 C. h. t., Nov. 127 c. 2 (die hier und in l. 32 C. h. t. für die Hauptstadt gemachte Ausnahme, wornach nur der magister census competent sein soll, ist natürlich heutzutage unanwendbar). Marezoll S. 9, Savigny S. 217. Vgl. hierüber, und über die Insinuation überhaupt, die gründliche Ausführung bei Buchka und Budde a. a. O. (Note 2) S. 74—86. — Das Erforderniß der Insinuation galt ursprünglich (seit Constantinus Chlorus, l. 1 C. Th. de spons. 3. 5) für alle Schenkungen; später ist es beschränkt worden (l. 8 C. Th. tit. cit., l. 34 pr. §. 1 C. h. t.), zuletzt von Justinian auf Schenkungen über 500 solidi (l. 36 §. 3 C. h. t., §. 2 I. h. t.). — Die in den Pandekten enthaltenen Stellen, welche von dem Maße der Schenkungen reden, bezogen sich in ihrem ursprünglichen Sinn auf die lex Cincia, welche später außer Gebrauch gekommen ist. Vgl. über dieselbe und über das Recht der Zwischenzeit Savigny S. 194 fg. und die daselbst und bei Vangerow S. 178 citirten. S. auch Note 7.

mitgerechnet[4]. Ebenso wenig werden mehrere zu verschiedenen Zeiten gemachte Schenkungen zusammengerechnet[5]. Sind terminliche Leistungen geschenkt, so ist gerichtliche Vollziehung erforderlich, wenn die Leistungen auf die Erben beider Parteien übergehen sollen, nicht erforderlich, wenn die Schenkung auch nur von einer Seite auf die Lebensdauer beschränkt ist[6]; ist die Schenkung

---

[4] L. 9 §. 1 l. 11 D. h. t. Vgl. §. 365 Note 6.

[5] L. 34 §. 3 C. h. t. Ebenso wenig mehrere an verschiedene Personen, wenn auch zu gleicher Zeit, gemachte Schenkungen. Seuff. Arch. I. 342, VIII. 131. 133.

[6] L. 34 § 4 C. h. t. Was die Worte „vel adiiciatur tempus vitae vel donatoris vel eius qui donationem accepit", anlangt, so wird von allen den Versuchen, welche gemacht worden sind, um denselben einen erträglichen Sinn abzugewinnen, keiner auf allgemeine Anerkennung rechnen dürfen. Am empfehlenswerthesten erscheint mir noch immer die unter den Neueren namentlich von Schilling (§. 360 Note p) vertheidigte Annahme, daß hinter „vel" ein „non" ausgefallen sei; der Sinn der Worte wäre darnach der, daß Insinuation nicht nur dann erforderlich sei, wenn die Schenkung ausdrücklich, sondern auch dann, wenn sie stillschweigend, durch Nichtbeschränkung auf die Lebenszeit der Parteien, auf die Erben erstreckt worden sei. Die viel bedeutendere Emendation Savigny's (S. 24) welcher hinter „vitae" das Wort „heredum" einschiebt, so daß der Sinn sein würde: Insinuation sei nicht nur erforderlich, wenn die Schenkung auf die Erben schlechthin, sondern auch dann, wenn sie bloß auf die ersten Erben der Parteien erstreckt sei, erscheint durch die Eine Handschrift, auf welche sich Savigny beruft, nicht gehörig gerechtfertigt, — mit Sintenis aber (I §. 23 Note 48) hinter „vitae" das Wort „heredum" nicht sowohl einzuschieben, als aus dem Vorhergehenden zu ergänzen, ist äußerst gewaltsam. Briegleb (Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 6) will das Wort „vitae" als Dativ gefaßt wissen, und bringt dadurch den Sinn heraus, daß Insinuation auch dann erforderlich sei, wenn die Schenkung von der einen Seite auf die Erben, von der anderen Seite nur über die Lebenszeit der Partei hinaus, gleichgültig auf wie lange, erstreckt worden sei, — und mit dieser Erklärung stimmt überein Arndts §. 82 Anm. 4 und im Wesentlichen Vangerow I S. 278. Mir erscheint das Resultat unerträglich, daß Justinian Insinuation für einen Fall vorgeschrieben haben sollte, in welchem die Schenkung möglicherweise mit zwei Leistungen, ja mit Einer Leistung (wenn die Leistung nicht im Voraus gemacht werden soll) zu Ende gehen kann; darf man in diesem Fall sagen, daß die Schenkung „quasi perpetuata" sei, und daß ihre „continuatio" sie zu einer großen Schenkung mache? Eine fernere Meinung, nach welcher die fraglichen Worte auf den Fall gehen sollen, wo die Schenkung auf eine bestimmte Zeit gemacht worden sei, und nach welcher für diesen Fall Zusammenrechnung der einzelnen Leistungen vorgeschrieben sein soll, steht mit den Worten der Stelle zu sehr in Widerspruch, um ernstlich in Betracht kommen zu können. — Seuff. Arch.

auf eine bestimmte Zeit gemacht, so werden die einzelnen Leistungen zusammengerechnet[6a]. — Nichtbeobachtung der gerichtlichen Vollziehung, wo sie erforderlich ist, macht die Schenkung für den Mehrbetrag ungültig, und zwar regelmäßig nichtig[7]; unter Umständen aber tritt die durch die Schenkung gewollte Vermögensveränderung wirklich ein, und der Beschenkte ist nur zur Rückgabe der ihm dadurch zugegangenen Bereicherung verpflichtet[8]. Hat der Beschenkte das Geschenkte nicht mehr, so ist er nicht zum Er-

---

XI. 241 (S. 372), XVIII. 40. Anwendbarkeit der Vorschrift der l. 34 §. 4 cit. auf das Erbzinsrecht? Verneint bei Seuff. Arch. VIII. 285 (es soll die jährliche Leistung capitalisirt werden); bejaht das. XI. 241.

6a Dieser Fall, als sich von selbst erledigend, ist in der l. 34 §. 4 cit. nicht erwähnt. Vgl. übrigens die vorige Note gegen das Ende.

7 L. 34 pr. C. h. t. Ist daher eine Sache im Werth von mehr als 500 Ducaten geschenkt worden, so werden der Schenker und der Beschenkte Miteigenthümer. Nähere Regeln über die Behandlung dieses Falles in l. 34 §. 2 C. h. t. — Die lex Cincia erklärte Schenkungen über ein gewisses Maß hinaus zwar für unerlaubt, aber nicht für nichtig (Ulp. §. 1). Daraus entwickelte die Jurisprudenz die Theorie, daß die von dem Schenker gewollte rechtliche Wirkung wirklich eintrete, der Beschenkte sie aber weder durch actio noch durch exceptio geltend machen könne (gegen die actio wurde dem Schenker nöthigenfalls die exceptio, gegen die exceptio die replicatio legis Cinciae gegeben). Doch ist dieses Letztere nur Vermuthung; über den wirklichen Inhalt der lex Cincia sind sehr verschiedene Meinungen aufgestellt worden (über die Literatur s. Note 3 a. E.).

8 Dieß ist der Fall: a) wenn die Thatsache, durch welche die Bereicherung unmittelbar hervorgerufen worden ist, nicht eine Willenserklärung des Schenkenden ist, sondern z. B. Ablauf einer Verjährungszeit, richterliches Urtheil (arg. l. 5 §. 6. 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, Savigny IV S. 564. 584. 586); b) wenn die Willenserklärung unmittelbar nicht durch den Schenker (sondern z. B. durch seinen von ihm angewiesenen Schuldner), oder nicht zu Gunsten des zu Beschenkenden (sondern z. B. zu Gunsten seines Gläubigers, an den er den Schenkwollenden verwiesen hat) abgegeben worden ist. Jedoch kann im ersten Fall (Willenserklärung nicht durch den Schenker) der Schenker ein richterliches Urtheil auf Rescission der Schenkung erlangen; im zweiten Fall (Willenserklärung nicht zu Gunsten des Beschenkten) kann sich der Schenker dann allerdings auch dem Dritten gegenüber auf die unterlassene Insinuation berufen, wenn der Dritte sonst etwas erhalten würde, worauf er dem zu Beschenkenden gegenüber keinen Anspruch hat (z. B. dieser will seinerseits dem Dritten schenken, oder er hält ihn irrthümlicherweise für seinen Gläubiger). Die hier (zu b) aufgestellten Sätze gehen hervor aus l. 21 §. 1 D. h. t. und l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4 in Verbindung mit l. 7 pr. §. 1 eod., l. 2 §. 3. 4 D. h. t. (§. 355

satz, sondern nur zur Herausgabe dessen verpflichtet, worum durch das Verlorene indirect sein Vermögen noch jetzt vermehrt ist[9]. — Ausnahmsweise ist gerichtliche Vollziehung nicht erforderlich[10] bei Schenkungen des Landesherrn und an denselben[11], bei Schenkungen zum Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes[12] und zum Loskauf von Gefangenen[13], endlich bei der Schenkung, welche in der Bestellung einer Dos an den Ehemann für die Frau liegt[14].

3. Die Schenkung kann wegen Undankbarkeit des Beschenkten widerrufen werden[15]; als Undankbarkeit gilt aber nur ein Benehmen, wie die Gesetze es speziell bezeichnen[16]. Der Widerruf macht die Schenkung nicht nichtig, sondern begründet bloß eine obligatorische Verpflichtung des Beschenkten zur Erstattung des

---

Note 9). A. M. Savigny (IV S. 599. 600), welcher die Anwendbarkeit der genannten Stellen, als ursprünglich nur von der lex Cincia und nur von einer exceptio handelnd, und nur aus Versehen aufgenommen, bestreitet, und dafür das entgegengesetzte Recht der Schenkung zwischen Ehegatten (l. 3 §. 12. 13 l. 4 l. 5 §. 3. 4 D. de don. i. v. e. u. 24. 1) zur Anwendung bringen will. Mir scheint das zu gewagt; gegen Savigny auch Schilling §. 360 Note gg.

9 Auf Ersatz haftet derselbe gewiß dann nicht, wenn der Verlust ohne seine Schuld eingetreten ist. Aber selbst wenn er den Verlust wissentlich und willentlich herbeigeführt hat, haftet er deßwegen nicht, weil er gemäß des Willens des Schenkers gehandelt hat. Arg. l. 5 §. 18 l. 6 l. 7 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 18 pr. D. de R. C. 12. 1. Savigny S. 75. 219—221.

10 Vgl. Marezoll S. 23 fg., Savigny S. 221 fg., Schilling §. 360 Note q—aa. Bloß historische Bedeutung hat die Ausnahme der l. 36 §. 1 C. h. t.: Schenkung beweglicher Sachen durch den magister militum an verdiente Soldaten. Gegen die angebliche Ausnahme der Schenkung ad pias causas s. namentlich v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI. 4.

11 L. 34 pr. C. h. t., Nov. 52 c. 2 und daraus Auth. *Item a privatis* zu gedachter Coderstelle.

12 L. 36 §. 2 C. h. t.

13 L. 36 pr. C. h. t.

14 L. 31 pr. C. de I. D. 5. 12. Das Gleiche bestimmen die Quellen für die donatio propter nuptias. Nov. 119 c. 1, 127 c. 2. Marezoll S. 27.

15 L. 10 C. de revoc. don. 8. 56. Ueber das frühere Recht s. l. 1 C. eod. in Verbindung mit Vat. fr. §. 272, — l. 31 §. 1 D. h. t. 39. 5, l. 7. l. 9 C. de revoc. don. Savigny S. 228—230, Schilling S. 957—959.

16 a) Schwere (wörtliche) Beleidigungen; b) Thätlichkeiten; c) absichtliche Herbeiführung eines nicht unbedeutenden Vermögensverlustes (vgl. Seuff. Arch. V. 166) oder d) einer Lebensgefahr; e) Nichterfüllung einer bei der Schenkung gemachten Auflage. L. 10 C. cit.

Erhaltenen [17]; hat er dasselbe nicht mehr, so haftet er nur auf die Bereicherung [18]. Das Widerrufsrecht geht nicht auf die Erben des Schenkers über; ebenso wenig sind die Erben des Beschenkten demselben ausgesetzt [19]. Es fällt weg für die Mutter, welche ihre Kinder beschenkt hat, wenn dieselbe einen unsittlichen Lebenswandel führt [20]; schreitet die Mutter zur zweiten Ehe, so behält sie das Widerrufsrecht nur beschränkt [21].

4. Die Schenkung kann wegen Verletzung des Pflichttheils angefochten werden; das Nähere darüber im Erbrechte. Das Anfechtungsrecht der Gläubiger (§. 463) bezieht sich nicht bloß auf die Schenkung.

Nach einer sehr verbreiteten Meinung soll die Schenkung auch widerrufen werden können, wenn dem zur Zeit der Schenkung Kinderlosen hinterher Kinder geboren werden [22].

---

17 L. 7 C. de revoc. don. 8. 56. — „Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum".

18 Savigny S. 76. 237 und Schilling S. 961 nehmen an, daß der Beschenkte von der Zeit der Undankbarkeit an, ja schon von der Zeit an, wo er den Entschluß zur Undankbarkeit gefaßt habe, als unredlicher Besitzer hafte. Es wäre möglich, daß die Quellen die Sache in dieser Art aufgefaßt hätten; von der anderen Seite ist aber auch die Auffassung möglich, daß der Beschenkte trotz seiner Undankbarkeit nicht anzunehmen brauche, daß der Schenker von seinem Widerrufsrechte Gebrauch machen werde, daß also erst der wirklich geschehene Widerruf ihn zum unredlichen Besitzer mache. Welches die Auffassung der Quellen wirklich sei, scheint mir nach l. 7 C. de revoc. don. nicht bezweifelt werden zu können. Hier heißt es, daß die Revocation nicht dasjenige ergreife, was rechtsgültig veräußert worden sei „matre pacifica". Mit welchem Recht Savigny diese Worte durch „vor der Undankbarkeit" wiedergibt, sehe ich nicht ein.

19 L. 10 C. de revoc. don. 8. 56, l. 1 l. 7 eod. Ist der Widerruf aber „inter primas personas" (l. 10 C. cit.) geschehen, so geht das dadurch begründete Forderungsrecht auf die Erben allerdings über. Zweifeln könnte man daran auf Grund von l. 7 C. cit.; allein „die unbestimmten Ausdrücke (derselben) müssen aus den bestimmteren der l. 10 cit. (und l. 1 eod.) erklärt werden", Savigny §. 169. c. S. auch Windscheid die Actio rc. rc. S. 29. A. M. Arndts §. 104 Anm. 1.

20 L. 7 C. tit. cit.

21 Nov. 22 c. 35 und daraus Auth. Quod mater filio zu l. 7 C. tit. cit.

22 Die l. 8 C. de revoc. don. 8. 56 gibt das bezeichnete Recht dem Patron, welcher seinem Freigelassenen geschenkt hat. Die früheren Juristen stritten darüber, ob es nicht zufällig sei, daß die l. 8 cit. nur den Patron nenne, und

4. Besondere Arten der Schenkung.

§. 368.

Schenkung eines Vermögens[1]. Durch eine solche Schenkung wird keine Gesammtnachfolge begründet; das Recht erkennt als Gegenstand der Schenkung nicht das Vermögen als solches, sondern nur die, unter einer Gesammtbezeichnung zusammengefaßten, einzelnen Vermögensbestandtheile an. Daher muß für jeden einzelnen Vermögensbestandtheil dasjenige beschafft werden, wodurch gerade bei ihm der Uebergang bedingt ist, namentlich also bei Eigenthumsgegenständen die Tradition[2], während Forderungen gemäß des für sie geltenden Rechts sofort übergehen, so daß unmittelbar auf Grund der Schenkung die Anzeige an den Schuldner erfolgen, und dadurch der Schenker ausgeschlossen werden kann (§. 331)[3]. Was die Schulden angeht, so haftet

---

ob dieselbe nicht eigentlich den in ihr ausgesprochenen Satz für allgemein wahr erklären wolle. Müller promtuarium iuris s. v. donationis revocatio n° 9, Pufendorff Observ. III. 157. Die bejahende Meinung erklärt Lauterbach (ad. tit. Dig. de donat. n° 53) für „verior et in praxi recepta". Das Erste wird jetzt Niemand mehr behaupten wollen (Vat. fr. §. 272), und ein eigentliches Gewohnheitsrecht nachzuweisen möchte schwer sein. Uebrigens wollen die Anhänger der hier verworfenen Meinung nicht die Anfechtung einer jeden geringen Schenkung gestatten, sondern nur einer solchen, von welcher es nicht wahrscheinlich sei, daß der Schenker sie gemacht haben würde, wenn er an die Kinder gedacht hätte, worüber im einzelnen Fall der Richter entscheiden soll. Lauterbach l. c. n° 55, Stryk Usus mod. ad h. t. n° 17. Die hier verworfene Meinung halten fest Puchta §. 70. d, Arndts §. 82 Anm. 3; dawider Savigny S. 228, Seuffert §. 365 Note 8, Sintenis §. 23 Note 56.

§. 368. [1] Meyerfeld II §. 21, Savigny §. 159, Schilling §. 362 Note bb fg. — Die Schenkung kann auf das ganze Vermögen des Schenkers gehen, oder auf einen Bruchtheil desselben (Cod. Hermog. VII. 1, l. 11 C. h. t.); sie kann auch auf ein von einem Dritten erworbenes Vermögen gehen (l. 28 D. h. t.). Sie kann schlechthin gemacht werden, oder mit Vorbehalt gewisser Vermögensstücke (l. 37 §. 3 D. de leg. III° 32), oder des Nießbrauchs (l. 42 pr. D. de m. c. don. 39. 6), oder einer jährlich zu machenden Leistung.

[2] L. 35 §. 4. 5 C. h. t. (vgl. Vat. fr. §. 263, Cod. Hermog. VII. 1. 2).

[3] Die actio utilis bei der Uebertragung einer Forderung durch Schenkung ist erst durch Justinian anerkannt worden, l. 33 C. h. t. Auf dem früheren Standpunkt stehen noch l. 11 C. h. t., Vat. fr. §. 263, ebenso l. 3 pr. D. pro soc. 17. 2. Auf Grund dieser letzteren Stelle behauptet Schilling §. 362

der Beschenkte den Gläubigern nur dann, wenn er bei der Schenkung die Schulden ausdrücklich übernommen hat, und zwar in dem Sinne, um sich dadurch auch den Gläubigern gegenüber verbindlich zu machen[4]. Hat er die Uebernahmerklärung in diesem Sinne nicht abgegeben, so wird er durch dieselbe nur dem Schenker verpflichtet[5]. Dem Schenker gegenüber ist er aber auch ohne ausdrückliche Erklärung verpflichtet; in der Annahme der Schenkung des Vermögens liegt eine stillschweigende Uebernahme der Verpflichtung zur Bezahlung der Schulden[6]. Ist ausdrücklich ausgemacht, daß die Schulden nicht übergehen sollen, so können die Gläubiger die Schenkung nach dem Recht der Veräußerung

---

Note mm (nach Hasse Arch. f. civ. Pr. V S. 31), daß jede einzelne Forderung besonders cedirt werden müsse. Die gleiche Behauptung findet sich auch bei Savigny S. 136.

[4] Durch den Beitritt des Gläubigers, welcher auch in der Belangung selbst liegt, kommt dann der Schuldübernehmungsvertrag mit demselben zu Stande. So nach heutigem Recht, gemäß des in §. 338 Ausgeführten, während nach römischem Recht der Beschenkte den Gläubigern nur in Folge einer mit ihnen direct verhandelten Novation haftete. L. 28 D. h. t., l. 72 pr. D. de I. D. 23. 3.

[5] Und zwar hat der Schenker gegen ihn einen doppelten Anspruch: a) auf Bezahlung der Schulden (actio praescriptis verbis); b) auf Rückgabe des Geschenkten wegen Nichtbezahlung (condictio ob causam datorum). L. 28 D. l. 22 C. h. t., l. 2 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6. Er kann sich auch dadurch sichern, daß er bei Herausgabe des Vermögens den Betrag der Schulden sogleich abzieht, l. 72 pr. D. de I. D. 23. 3. Die Ansprüche des Schenkers können auch die Gläubiger desselben auf dem Cessions- oder Executionswege geltend machen.

[6] Denn „bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt“, l. 39 §. 1 D. de V. S. 50. 16 (s. auch l. 69 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 11 D. de I. F. 49. 14, l. 8 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61). Direct beweist den im Text genannten Satz l. 28 D. h. t., in welcher Stelle von einer ausdrücklichen Vereinbarung über die Uebernahme der Schulden keine Rede ist. L. 17 §. 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8 handelt nicht von einer Uebertragung des Vermögens. — Schilling §. 362 Note ii und Unger §. 97 Note 13 halten die Annahme eines stillschweigenden Vertrages für bedenklich, und wollen dem Schenker durch eine condictio indebiti oder sine causa helfen. Die condictio indebiti ist gewiß begründet, wenn der Schenker in Unkenntniß der Schulden das ganze Vermögen herausgegeben hat, wo er den Betrag der Schulden hätte abziehen können (Note 5); aber wie, wenn er sie gekannt und stillschweigend angenommen hat, der Beschenkte werde sie bezahlen? S. auch Meyerfeld II S. 32.

zur Beeinträchtigung der Gläubiger (§. 463) anfechten[7]. — Die Schenkung des ganzen Vermögens ergreift nicht ohne Weiteres auch das zukünftige Vermögen; die ausdrückliche Erstreckung der Schenkung auf das zukünftige Vermögen aber ist nicht bloß nach heutigem Recht unbestritten zulässig[8], sondern war es auch schon nach römischem Recht[9].

Schenkung zur Vergeltung, s. g. remuneratorische Schenkung[10]. Eine solche Schenkung unterliegt den gewöhnlichen Regeln, und also auch den rechtlichen Beschränkungen der Schenkung; nur die zur Vergeltung einer Lebensrettung gemachte Schenkung ist von denselben frei[11].

---

[7] Vgl. l. 17 §. 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Seuff. Arch. XI. 106.

[8] Nach dem Recht des Erbvertrages.

[9] Eine alte Streitfrage, Meyerfeld II S. 13 fg. Für die Zulässigkeit: Meyerfeld S. 16. 17, Puchta Vorles. I S. 162. 163, Böcking a. a. O. Note 23, Hartmann Erbverträge S. 14 fg.; gegen dieselbe: Savigny S. 142 fg., Schilling §. 354 Note xx.

[10] Meyerfeld I §. 19, Savigny §. 153, Schilling S. 921. 961, Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 30—40, Vangerow §. 125 Anm.

[11] L. 34 §. 1 D. h. t. Es heißt hier von der Schenkung zur Vergeltung einer Lebensrettung: „haec donatio irrevocabilis est", also unwiderruflich aus welchem Grunde es auch immer sein mag. Marezoll u. Vangerow a. a. O. beschränken die Unwiderruflichkeit auf den Fall der Undankbarkeit; aber s. Savigny §. 154. s: — „auch die Nichtigkeit zeigt sich practisch nur durch Revocation". In der ursprünglichen Gestalt der Stelle, welche uns in den Sententiae des Paulus (V. 11 §. 6) erhalten ist, ging sie auf Ausschluß der Beschränkung der lex Cincia („in infinitum donare non prohibemur"). S. auch Schilling S. 928 Note q. — Von der anderen Seite wollen Viele die l. 34 §. 1 cit. auf andere Fälle der Vergeltungsschenkung ausdehnen: auf jede Vergeltungsschenkung, vorausgesetzt nur, daß dieselbe nicht außer allem Verhältniß zu dem geleisteten Dienste stehe (Vangerow, Schilling, der Letztere in Betreff der Revocation wegen Undankbarkeit); auf die Vergeltungsschenkung für in Geld nicht schätzbare Dienste (Schilling, in Betreff der Insinuationsvorschrift); auf die Vergeltungsschenkung mit Ausnahme der Fälle, wo das zu Vergeltende eine Schenkung oder eine Gefälligkeit sei (Meyerfeld); auf jeden Fall, wo der Gabe die Absicht der „Belohnung" zu Grunde liege, wo sie dann aber auch gar nicht Schenkung, oder nicht „wahre" Schenkung sei (Puchta §. 71, Arndts §. 83). Savigny S. 94 (übereinstimmend Sintenis §. 23 Note 11) stellt den Satz, daß, wenn die Gabe nach der Absicht des Gebers „die bloße Bezahlung einer Schuld" sei, der „Begriff der Schenkung mit allen Folgen ausgeschlossen" sei, als selbständigen Satz neben den von ihm aus l. 34 §. 1 cit. entwickelten Satz, mit Berufung auf l. 27 D. h. t. Ich halte diesen Satz für äußerst sowohl unbestimmt

Schenkung mit einer Auflage[12]. Der Schenker kann die Erfüllung der Auflage verlangen auf Grund des von dem Beschenkten durch die Annahme der Schenkung abgegebenen Versprechens[13]; er kann aber auch, wenn die Auflage nicht erfüllt wird, das Geschenkte zurückfordern, entweder nach dem Rechte der Voraussetzung[14], oder unter dem Gesichtspunkt der Undankbarkeit des Beschenkten[15]. Hat die Auflage zum Gegenstand Leistung des Lebensunterhaltes an den Schenker, so kann derselbe, wenn die Leistung ausbleibt, das Geschenkte, soweit es bei dem Beschenkten noch vorhanden ist, sofort wieder als sein Eigenthum in Anspruch nehmen[16]. Ist die Auflage zu Gunsten eines Dritten gemacht, so steht die Forderung auf Erfüllung der Auflage Diesem zu[17]. — Den Beschränkungen der Schenkung unterliegt die Auflagsschenkung, so weit sie wirklich Schenkung ist[18].

---

als gefährlich, und eigentlich für eine Wiedereinführung der von Savigny selbst bestrittenen Behauptung, daß die remuneratorische Schenkung den positiven Bestimmungen der Schenkung entzogen sei; in l. 27 cit. aber sehe ich nichts, als den Ausspruch, daß in dem bezeichneten Fall in der That die Verleihung eines Rechts, und nicht ein bloßes precarium (wovon ich l. 32 D. h. t. verstehe, — in Betreff des „quamdiu volueris“ s. l. 12 pr. D. de prec. 43. 26) vorliege. So wird ja auch in l. 10 §. 13 l. 12 pr. D. mand. 17. 1 aus der Belohnungsabsicht nichts Anderes hergeleitet, als eben das, daß der Geber wirklich habe schenken wollen. Aus der Praxis, für Gleichstellung der remuneratorischen Schenkung mit der Schenkung überhaupt: Seuff. Arch. I. 340, III. 265, VIII. 132. 260, XVIII. 37; dagegen IV. 118, V. 18, XVIII. 38, s. auch I. 55; unterscheidend (zwischen Forderung der Erfüllung und Rückforderung) XIII. 26, s. auch IV. 118.

12 Donatio sub modo. Cod. 8. 55 de donationibus quae sub modo . . conficiuntur. — Meyerfeld I S. 412—425, Savigny IV §. 175, Schilling S. 807 fg. S. 945 fg., Windscheid Lehre von der Voraussetzung Nr. 68. 69. 79. 101. 107, Erxleben condictiones sine causa II §. 14, Voigt condictiones ob causam §. 79.

13 Es steht ihm die actio praescriptis verbis zu. L. 9. 22 C. de don. 8. 54, l. 8 C. de rer. perm. 4. 64, l. 3 C. de contr. emt. 4. 38.

14 Es steht ihm eine condictio (ob causam datorum) zu. L. 8 l. 3 l. 2 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6, l. 3 C. h. t. 8. 55. Vgl. I §. 98 Nr. 2. Seuff. Arch. V. 167.

15 S. §. 367 Note 16.

16 Es steht ihm eine rei vindicatio utilis zu. L. 1 C. h. t. 8. 55. Vgl. I §. 174 Note 6; aber auch Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 347—349.

17 L. 3 C. h. t. 8. 55. Vgl. §. 316 Note 5. 15a. 15b. 16.

18 Vgl. §. 365 Note 3. Savigny S. 286. 287. Seuff. Arch. V.

§. 369.

Schenkung auf Todesfall*. Die Schenkung auf Todesfall ist eine letztwillige Verfügung in der Form des Vertrages. Sie verfolgt, wie die testamentarische Verfügung, den Zweck, Etwas zu vergeben für die Zeit, wo der Vergebende selbst es nicht mehr haben kann, für die Zeit nach seinem Tode. Deßwegen wird, wie auch im Uebrigen der Inhalt der Schenkung bestimmt sein mag, das Geschenkte definitiv erst erworben mit dem Tode des Schenkers; daraus ergibt sich die characteristische Eigenthümlichkeit der Schenkung auf Todesfall, daß sie auf die Erben des Beschenkten nicht übergeht, wenn der Schenker den Beschenkten überlebt[1]. Im Uebrigen kann die Schenkung noch einen sehr verschiedenen Inhalt haben. a) Das Nichtüberleben des Schenkers wird der Schenkung als aufschiebende Bedingung hinzugefügt, so daß einstweilen in das Vermögen des Beschenkten noch gar nichts übergehen soll; womit übrigens wohl verträglich ist, daß er sogleich in den factischen Genuß gesetzt wird[2]. b) Die Schenkung wird so gemacht, daß das Geschenkte sofort in das Vermögen des Beschenkten übergehen, aber im Fall des Ueberlebens des Schen-

---

168, VI. 38, XVIII. 136. Daß die Schenkung sub modo der Insinuation nicht bedürfe, nimmt an das Urtheil bei Seuff. Arch. I. 341.

§. 369. * Dig. 39. 6 de mortis causa donationibus, Cod. 8. 57 de donationibus causa mortis. — W. Müller über die Natur der Schenkung auf Todesfall (1827). Hasse Rhein. Mus. II S. 300 fg., III S. 1 fg. (1828. 1829). v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 4 (1829). Hasse Rhein. Mus. III S. 371 fg. (1829; Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatz). Wiederhold Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 4 (1841). Savigny IV §. 170—174 (1841). Erxleben die condictiones sine causa II §. 9 (1853). Voigt die condictiones ob causam S. 724—731 (1864). Unger österr. Erbrecht §. 77 (1864). Böcking §. 109, Vangerow II §. 561—563, Sintenis III §. 216.

[1] Daher die sprüchwörtliche Redeweise: eine mortis causa donatio liege dann vor, „cum magis se quis velit habere, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum", §. 1 I. de don. 2. 7; ebenso l. 1 pr. l. 35 §. 2 D. h. t. Es ist nicht genau, zu sagen, daß die Schenkung auf die Erben des Beschenkten nicht übergehe, wenn derselbe vor dem Schenker sterbe; denn sterben Schenker und Beschenkter zu gleicher Zeit, so besteht die Schenkung, l. 26 D. h. t. — Vergleiche übrigens in Betreff der characteristischen Eigenthümlichkeit der Schenkung auf Todesfall auch Seuff. Arch. XVIII. 37.

[2] L. 2 i. f. l. 29 D. h. t., l. 15 i. f. D. de manum. 40. 1.

kers an denselben zurückfallen soll[3]. c) In dem einen und dem andern Fall hat der Schenker, wenn nichts ausgemacht ist, ein freies Widerrufsrecht[4]; er kann aber auch unbeschadet des Wesens der Schenkung auf Todesfall auf dasselbe verzichten[5]. d) Eine besondere Art der Schenkung auf Todesfall ist die, wo geschenkt wird mit Rücksicht auf eine Lebensgefahr, in welcher der Schenker sich befindet oder welcher er entgegengeht; hier verliert die Schenkung ihren Bestand nicht bloß, wenn der Schenker den Beschenkten, sondern auch, wenn er die Lebensgefahr überlebt[6]. — Was die rechtlichen Beschränkungen der Schenkung angeht, so unterliegt die Schenkung auf Todesfall, wenn nicht ohnehin schon freies Widerrufsrecht gilt, dem Widerruf wegen Undankbarkeit wie jede andere Schenkung. Dagegen findet das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten auf sie keine Anwendung[7], und statt der gerichtlichen Vollziehung ist auch die Errichtung vor 5 Zeugen, wie bei einem Vermächtnisse, zulässig[8]. — Ueberhaupt ist die Schen-

---

[3] L. 2 l. 29 l. 35 §. 3 D. h. t. Dieß ist im Zweifel als die Absicht der Schenkung anzusehen, wenn das Geschenkte sogleich ausgeantwortet wird. Hasse II S. 328 fg., Savigny S. 246 fg. — Die Rückforderung kann der Schenker gründen: a) auf das von dem Beschenkten durch Annahme der Schenkung stillschweigend abgegebene Versprechen (actio praescriptis verbis, l. 18 §. 1 D. h. t.), a. M. Voigt a. a. O. S. 726; b) auf die Ermangelung der Voraussetzung der Schenkung (condictio ob causam datorum, l. 35 §. 3 D. h. t. und viele andere Stellen). Er kann aber auch c) den Gesichtspunkt der auflösenden Bedingung anlegen und geltend machen, daß durch Eintritt derselben der frühere Rechtszustand ohne Weiteres wiederhergestellt worden sei, l. 29 D. h. t. (I §. 90 Note 4). — Hat der Beschenkte des Geschenkten sich entäußert, so muß er den Werth ersetzen, l. 39 l. 37 §. 1 D. h. t. Hat er das Geschenkte durch seine Nachlässigkeit verloren, so haftet er nach den Grundsätzen der actio praescriptis verbis. Savigny S. 257.

[4] §. 1 I. de don. 2. 7, l. 16. 30 D. h. t. Der Widerruf begründet condictio, aber auch utilis rei vindicatio, l. 30 D. h. t. Vgl. I § 174 Note 6 (wo irrig statt l. 30 D. h. t. l. 29 genannt ist). Seuff. Arch. V. 131.

[5] L. 13 §. 1 l. 35 §. 4 D. h. t., Nov. 87 pr. c. 1. Vgl. Savigny §. 170. f.

[6] Dieß ist der in den Quellen als der gewöhnliche vorausgesetzte Fall. Hasse II S. 317. Der entgegengesetzte Fall wird erwähnt in l. 2 l. 31 §. 2 i. f. l. 35 §. 4 l. 43 D. h. t., l. ult. C. h. t.

[7] L. 9 §. 2 l. 10 l. 11 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

[8] L. ult. C. h. t. Vgl. Savigny S. 261—265, Vangerow §. 563. Seuff. Arch. VII. 211. 236, XV. 146. Das Urtheil XVIII. 37 nimmt ohne

kung auf Todesfall im Laufe der Zeit fast vollständig den Vermächtnissen gleichgestellt worden, worüber das Nähere im Erbrecht vorzutragen ist[9].

C. Verträge auf Rückgabe.

1. Das Darlehn*.

a. Begriff und Voraussetzungen.

§. 370.

Ein Darlehn geben heißt: Jemandem eine Quantität vertretbarer Sachen zum Eigenthum geben mit der Auflage, den empfangenen Werth in einer gleichen Quantität gleicher Sachen zurückzugeben[1]. Indem der Empfänger das Gegebene mit dieser Auflage annimmt, verspricht er auch ohne ausdrückliche Erklärung die Erfüllung derselben, und bringt dadurch den Darlehnsvertrag zum Abschluß[2]. Der Hauptfall des Darlehns ist das Gelddarlehn; aber er ist nicht der einzige[3].

Der Darlehnsvertrag setzt voraus

1) Eigenthumsverschaffung[4]. Wird an dem Gegebenen Eigen-

Angabe von Gründen bei Vernachlässigung der Form Ungültigkeit für den ganzen Betrag, nicht bloß für den Ueberschuß über 500 Ducaten an.

9 S. einstweilen §. 1 I. de don. 2. 7, l. 4 C. h. t., Nov. 87 pr.

§. 370. * Dig. 12. 1 de rebus creditis si certum petatur et de condictione. Cod. 4. 1 de rebus creditis. — G. E. Heimbach die Lehre vom Creditum nach den in Deutschland geltenden Rechten (1849) S. 131 fg. (vgl. Rudorff zu Puchta §. 304. a). Glück XI S. 464—475, XII S. 1—177; Unterholzner II. §. 308—310, Sintenis II §. 108, Vangerow III §. 623.

1 L. 2 pr. D. h. t. „Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum". §. 1 eod. „Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, . . nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditore solvi non potest". Pr. I. quib. modis re 3. 14.

2 Der Darlehnsvertrag ist ein Realvertrag. Pr. I. cit. „Re contrahitur obligatio veluti mutui datione". Vgl. l. 3 §. 1 D. de O. et A. 44. 7. S. übrigens auch §. 371 Note 6.

3 Beispiele von Darlehn in Sachen anderer Art in pr. I. cit., l. 7 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 12. 16. 23. 35 C. de usur. 4. 32.

4 Daher die etymologische Spielerei in l. 2 §. 2 D. h. t. „Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit".

thum nicht verschafft, sei es, daß der Hingebende selbst nicht Eigenthümer[5], sei es, daß er nicht veräußerungsfähig ist[6], so kommt ein Darlehnsvertrag nicht zu Stande[7]. Jedoch wird die mangelnde Eigenthumsverschaffung dadurch ersetzt, daß der Empfänger das Hingegebene in redlicher Weise verbraucht[8]; und auch ohne Verbrauch haftet derselbe wenigstens auf Rückgabe des Besitzes nach dem Rechte der Voraussetzung[9]. Ob das Eigenthum direct oder indirect verschafft worden ist, ist gleichgültig[10]. Ja auch

---

5 L. 2 §. 4 D. h. t. Miteigenthum: l. 13 §. 2 l. 16 D. h. t., l. 94 §. 1 D. de solut. 46. 3. Heimbach S. 180.

6 §. 2 I. quib. al. 2. 8.

7 L. 2 §. 2 D. h. t. — „si non fiat tuum, non nascitur obligatio".

8 L. 11 §. 2 l. 12 i. f. l. 13 pr. §. 1 l. 19 §. 1 i. f. D. h. t., l. 24 §. 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 56 §. 2 D. de fidei. 46. 1, §. 2 I. quib. al. 2. 8; l. 12 l. 19 §. 1 D. h. t., l. 24 pr. D. de O. et A. 44. 7. S. g. condictio de bene depensis. Vgl. Heimbach S. 192 fg. 205 fg., Voigt cond. ab causam Note 704. Verbraucht der Empfänger das Hingegebene unredlicher Weise, d. h. wissend, daß er nicht Eigenthümer sei, so haftet er dem Eigenthümer auf Ersatz des Werthes (rei vindicatio, actio ad exhibendum, condictio sine causa und furtiva), s. I §. 193 Note 8 und l. 11 §. 2 D. h. t., §. 2 I. quib. al. 2. 8. Vgl. auch §. 342 Note 8.

9 Condictio possessionis, vgl. l. 15 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6 und I §. 161 Note 2, II §. 421 Note 7. Die Voraussetzung des Hingebens war die Begründung eines Forderungsrechts, vgl. l. 32 D. h. t. (§. 427 Note 6 und unten in diesem §. Note 13).

10 Fälle indirecter Eigenthumsverschaffung: a) der Empfänger hat das empfangene Fremde ersessen (arg. l. 60 D. de solut. 46. 3), oder das empfangene fremde Geld mit dem seinigen vermischt (l. 78 eod.); b) Jemand gibt einem Andern eine Sache, um sie zu verkaufen und das dafür erhaltene Geld als Darlehn zu behalten, l. 11 pr. D. h. t., l. 14 pr. eod., l. 8 C. si cert. 4. 2; c) Jemand weist einen Dritten, etwa seinen Schuldner an, demjenigen zu zahlen, welchem er ein Darlehn geben will, l. 15 D. h. t., l. 32 l. 9 §. 8 i. f. eod. Vgl. §. 412 Note 9. — In Betreff der beiden letzten Fälle hat sich jedoch, wie l. 15 cit., l. 34 pr. D. mand. 17. 1 zeigen, das römische Recht erst allmälig zu einer freieren Auffassung erhoben; im Anfang hielt man daran fest, daß es gerade das Eigenthum des Darlehngebers sein müsse, welches an den Empfänger gelange. — Unter b) gehört auch der Fall, wo ein Darlehn in Werthpapieren gegeben wird. Seuff. Arch. XIV. 133. Kuntze Inhaberpapiere S. 697 fg. — Nicht hierher gehört der Fall, wo Jemand, in dessen Namen ein Anderer etwas besitzt, diesem gestattet, das Besessene als Darlehn zu behalten; hier liegt directe Eigenthumsverschaffung mit Abkürzung der Tradition vor (I §. 154 Note 2). L. 9 §. 9 D. h. t., l. 34 pr. cit.

dadurch kann ein Darlehn gegeben werden, daß einem Schuldner gestattet wird, dasjenige, was er schuldig ist, als Darlehn zu behalten[11]. Ebenso ist es gleichgültig, ob das Eigenthum gerade dem Schuldner verschafft worden ist, oder mit seinem Willen einem Andern[12].

2. Der Darlehnsvertrag setzt ferner Alles voraus, was überhaupt zur Gültigkeit eines Vertrags erforderlich ist, namentlich also Consens der Parteien[13] und Handlungsfähigkeit des Schuldners[14]. Jedoch haftet, wenn der Vertrag nicht zu Stande kommt, der Empfänger immerhin nach dem Rechte der Voraussetzung[15]. — Was den Abschluß des Darlehnsvertrags durch Stellvertreter angeht, so gelten folgende besondere Vorschriften. a) Stadt-

---

[11] Auch dieß ist erst allmälig anerkannt worden. Vgl. mit l. 34 pr. D. mand. 17. 1 l. 15 D. h. t., l. 3 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 5 §. 18 D. de trib. 14. 4. Ueber l. 6 C. si cert. 4. 2 f. §. 354 Note 2 zweite Hälfte. Daß auch nach neuestem römischen Rechte das Gesagte nicht unbedingt gelte, sondern nur für den Fall, wo Jemandem gestattet werde, als Darlehn zu behalten, was er aus dem Vermögen des Gestattenden in Händen habe, behaupten Brinz S. 390. 391, Römer bedingte Novation S. 6 fg. Eine noch engere Auffassung bei Unterholzner §. 308. g. Vgl. noch Sintenis §. 108 Note 10, v. Salpius Novation und Delegation S. 324 fg. Seuff. Arch. I. 355, IV. 149, V. 127 (wo aber die Entscheidung gewiß richtiger auf das §. 364 Note 3 Gesagte gegründet worden wäre), XIII. 17, XIV. 92.

[12] L. 9 §. 8 D. h. t.: — „cum quotidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro". Hinter „poscamus" ist aus dem Vorhergehenden zu ergänzen „mutuam pecuniam". „Ut": mit der näheren Bestimmung, daß —. Ueber die Lesart s. noch Glück XII S. 19, Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 101 Note 43. S. auch l. 19 §. 3 D. de inst. act. 14. 3, l. 19 §. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1. Vgl. §. 412 Note 9.

[13] L. 32 D. h. t. „Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed proprius est, ut te obligari existimem; non quia pecuniam tibi credidi — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, — sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi, bonum et aequum est". L. 18 pr. eod. Seuff. Arch. V. 271.

[14] L. 59 D. de O. et A. 44. 7, l. 13 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, Gai. III. 91.

[15] Der Hingebende hat gegeben in der Voraussetzung, daß er durch das Hingeben Gläubiger werden werde; in dieser Erwartung ist er getäuscht worden. Von dem in dieser Weise begründeten Rückforderungsrecht spricht l. 32

gemeinden, Kirchen und fromme Anstalten haften aus den von ihren Vorstehern und Verwaltern für sie abgeschlossenen Darlehnsverträgen nur dann, wenn das Geld auch wirklich in ihren Nutzen verwendet worden ist, — sonst nur der Contrahent selbst[16]. b) Wird ein Darlehn auf den Namen eines Dritten gegeben, so wird diesem das Forderungsrecht aus dem Vertrage selbst ohne seinen Consens erworben[17].

Dem Darlehnsvertrag kann ein Vertrag über Geben oder Nehmen des Darlehns vorhergehen: für denselben gelten die gewöhnlichen Grundsätze[18].

b. Verpflichtungen.

§. 371.

Die Verpflichtung, welche aus dem Darlehn entsteht, geht auf Rückgabe des empfangenen Werthes durch Rückgabe einer gleichen Quantität gleicher Sachen, wie empfangen worden ist[1].

D. h. t. (Note 13). Es ist eine condictio sine causa, näher: ob causam datorum (§. 427 Note 6). Man hat über die Natur des in l. 32 cit. anerkannten Rückforderungsrechtes gestritten, und in der Annahme, daß dasselbe etwas Besonderes sei, ihm den besonderen Namen condictio Iuventiana (die Stelle rührt von P. Iuventius Celsus her) gegeben. Vgl. Heimbach S. 224 fg., Seuff. Arch. X. 253.

[16] L. 27 D. h. t., Nov. 120 c. 6 §. 3. Heimbach S. 254 fg., Kleinschrod über l. 27 Dig. de rebus creditis (Habilitationsschrift, 1851). Man hat es vielfach versucht, diese Bestimmung aus der Natur der juristischen Personen zu erklären; so namentlich Heimbach und Kleinschrod: die juristischen Personen seien unfähig, durch Tradition Eigenthum zu erwerben (!) S. noch Savigny Syst. II S. 294, H. Witte Bereicherungsklagen S. 278—280. Ueber c. 4 X. de fidei. 3. 22 s. Heimbach S. 262 fg.

[17] S. §. 313 Note 3 und 6.

[18] S. §. 310 Note 2. Nach dem daselbst Gesagten und in l. 68 D. de V. O. 45. 1 Anerkannten kann derjenige, dem die Auszahlung eines versprochenen Darlehns verweigert wird, sein Interesse fordern; dieses Interesse kann aber auch eben in der Auszahlung bestehen. Seuff. Arch. IV. 32, X. 37. Ein Fall des Vertrags über Nehmen des Darlehns das. II. 165. Es ist aber wohl zuzusehen, ob auch wirklich ein Vertrag vorliegt, und nicht bloß eine ohne bindende Absicht gemachte Beredung, l. 30 D. h. t. Vgl. noch Endemann Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 196 fg.

[1] Da der Empfänger Eigenthümer geworden ist, so ist es natürlich für §. 371.
seine Verpflichtung ganz gleichgültig, daß ihm das Empfangene abhanden ge-

Sie geht nur darauf; das Darlehn ist kein Geschäft, bei dem es erst nothwendig wäre, im einzelnen Fall mit Rücksicht auf dessen besondere Umstände zu bestimmen, was seinem Sinn und seiner Absicht gemäß ist: dem Sinn und der Absicht des Darlehnsgeschäftes ist unabänderlich das Eine gemäß, daß soviel zurückgegeben werde, als empfangen worden ist[2]. — Ueber die Zeit der Rückgabe entscheidet der Vertrag[3]. Ist in demselben über die Zeit der Rückgabe nichts ausgemacht, so ist zuzusehen, ob nicht aus den Umständen eine stillschweigende Bestimmung hergeleitet werden kann[4]. Ist auch dieß nicht der Fall, so darf zu jeder Zeit zurückgefordert werden[5].

Die Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen, versteht sich beim Darlehn nicht von selbst; sie muß durch besondere Verabredung begründet werden[6]. — Ein besonderer Fall des zinsbaren Darlehns

---

kommen ist, ehe er es zu seinem Nutzen hat verwenden können. L. 9. §. 9 D. h. t., l. 1 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, §. 2 I. quib. mod. re 3. 14.

[2] Römisch ausgedrückt: aus dem Darlehn entsteht keine actio bonae fidei, sondern eine actio stricti iudicii, eine condictio (I §. 46 Note 4); die intentio der formula ging nicht auf dare oportere ex fide bona, sondern auf dare oportere schlechthin. Die nicht beabsichtigte Folge hiervon war nun allerdings die, daß dem Judex auch die Möglichkeit genommen war, auf solche, von Außen kommende, Umstände Rücksicht zu nehmen, welche den Darlehnsanspruch zu modificiren an und für sich allerdings geeignet waren (§. 46 Note 6), wie z. B. auf Verzug (l. 24 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 3 C. de usur. 4. 32; übrigens gestattete bei anderen Darlehen als Geldbarlehen die durch die Nothwendigkeit der Geldcondemnation bedingte Anweisung des Judex auf quanti ea res est eine freiere Bewegung, l. 12. 23 C. eod.). Das gilt natürlich für uns nicht mehr; während der Gegensatz selbst zwischen der Darlehnsobligation und der Obligation z. B. aus Kauf, Miethe ꝛc. für uns noch besteht, wie er für die Römer bestand.

[3] Was bedeutet die Bestimmung, daß die Rückgabe erfolgen soll: „wenn der Gläubiger das Geld vonnöthen hat"? Seuff. Arch. II. 33. Rückgabe: „sobald der Schuldner dazu im Stande sein wird", das. XV. 218. Vgl. auch die Citate bei §. 273 Note 2.

[4] Die Bewilligung einer gewissen Frist liegt in jeder Darlehnsgabe; sonst würde die Darlehnsgabe gar keinen Sinn haben. Seuffert Pand. §. 310 Note 3. S. außerdem l. 57 pr. D. de pactis 2. 14. „Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat".

[5] Seuff. Arch. V. 273.

[6] Ueber die Wirksamkeit, welche dabei schon das römische Recht dem nudum

ist der[7], wo der Gläubiger für irgend einen künftigen ungewissen Fall auf die Rückforderung verzichtet, und sich als Prämie für die übernommene Gefahr einen höheren als den gewöhnlichen Zins ausbedingt[8];

---

pactum zuschrieb, s. l. 11 §. 3 D. de pign act. 13. 7, l. 5 §. 2 D de solut. 46. 3, l. 3. 4 C. de usur. 4. 32, l. 12 eod., l. 5 §. 1 l. 7 D. de nautico foen. 22. 2. — Ist nicht das zinsbare Darlehn Consensualvertrag? So Demelius Jahrb. f. Dogm. III S. 408, Unger das. VIII S. 15 („Kapitalmiethe"). Ich meine: gewiß dann nicht, wenn dem wirklichen Geben des Darlehns keine Verpflichtung dazu vorhergeht. Aber auch dann nicht, wenn eine solche Verpflichtung vorhergeht ohne eine entsprechende Verpflichtung, das Darlehn zu nehmen. Aber auch dann nicht nothwendig, wenn auch diese letztere Verpflichtung vorhanden ist; es ist sehr wohl möglich, daß die Parteien auch in diesem Falle nichts gewollt haben, als ein pactum de mutuo dando und mutuo accipiendo. Sondern von einem dem Miethvertrage entsprechenden Consensualvertrage darf nur dann geredet werden, wenn die Absicht der Parteien nur darauf gerichtet ist, daß jetzt sofort ein Darlehnsgeschäft abgeschlossen sein solle, durch welches der eine Contrahent verpflichtet werde, eine gewisse Summe Geldes zum Gebrauch hinzugeben, der andere dafür eine Zinsvergütung zu zahlen. Aber selbst in diesem Fall ist es gewiß nicht gerechtfertigt, ohne Weiteres alle dem Miethvertrage eigenthümlichen Rechtssätze zur Anwendung zu bringen, wie das Dankwardt Nationalökonomie und Jurisprudenz II S. 36—42 thut. — Vgl. über das zinsbare Darlehn auch noch Endemann Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 47—58.

[7] Dig. 22. 2 Cod. 4. 33 de nautico foenore. Glück XXI S. 151—222.

[8] Der Fall, von welchem das römische Recht ausgegangen, und welcher auch später immer der Hauptfall geblieben ist, ist der, wo das Geld auf ein Schiff, welches eine Reise anzutreten im Begriff ist, mit der Bedingung gegeben wird, daß der Gläubiger nur dann ein Rückforderungsrecht haben solle, wenn das Schiff glücklich an seinen Bestimmungsort ankomme; daher der Ausdruck nauticum foenus oder traiecticia pecunia. Die spätere Ausdehnung geht aus l. 5 pr. D. h. t. hervor. Nach dieser Stelle kann der Vertrag sogar auf ein solches Ereigniß gestellt werden, dessen Herbeiführung oder Nichtherbeiführung von der Willkür des Schuldners abhängt, z. B. Freilassung oder Nichtfreilassung eines Sclaven. Andere Beispiele, welche die Stelle nennt, sind folgende: Jemand gibt einem Fischer Geld auf einen Fischfang, und verzichtet auf die Rückgabe für den Fall, daß der Fischer nichts fangen sollte; Jemand gibt einem Athleten Geld zu seiner Ausbildung, nnd verzichtet auf die Rückgabe für den Fall, daß derselbe im Wettkampf den Preis nicht gewinnen sollte; ein Kranker gibt ein Darlehn, und verzichtet auf die Rückgabe für den Fall seiner Genesung (oder Nichtgenesung). Nur die eine Grenze setzt die l. 5 pr. cit., daß der Vertrag nicht ein verdeckter Spielvertrag sein darf; d. h. es muß wenigstens von einer der Parteien ein anderes Interesse verfolgt werden, als das des bloßen Gewinnstes. Uebrigens ist die Lesart der l. 5 pr. cit. in mehr-

die gesetzliche Beschränkung des Zinsmaßes kommt in diesem Fall nicht zur Anwendung [9] [10].

c. Beweis*.

§. 372.

Was den Beweis des Darlehns angeht, so gilt Besonderes für den Beweis durch schriftliches Empfangsbekenntniß. Die Beweiskraft eines solchen Bekenntnisses ist im römischen Recht bedeu-

---

facher Beziehung sehr bestritten. S. Glück XXI S. 153 fg. — Ein dem römischen foenus nauticum durchaus ähnliches, aber selbständig entwickeltes deutsches Rechtsinstitut ist der Bodmereivertrag. Glück XXI S. 216—219, Beseler deutsch. Privatr. III S. 501—508, Gerber deutsch. Privatr. §. 204. HGB. Art. 680 fg.

[9] Dieß ist das ursprüngliche römische Recht, Paul. S. R. II. 14 §. 3, l. 26 § 1 C. de usur. 4. 32. Justinian setzte in der zuletzt genannten Stelle das Zinsmaximum auf 12% fest. In Nov. 106 aber bestätigte er ein Gewohnheitsrecht folgenden Inhalts: der Gläubiger dürfe sich ausbedingen — und zwar für die Zeit der Seereise, nicht für das Jahr — entweder den achten Theil des Kapitals, oder den zehnten und außerdem Zollfreiheit für einen modius Getreide auf je einen hingegebenen solidus. Die Nov. 106 ist nun zwar sogleich darauf durch die Nov. 110 wieder aufgehoben worden; aber diese letztere ist nicht glossirt. Darnach also würde der Inhalt der Nov. 106 gemeines Recht sein, wenn nicht mit Rücksicht darauf, daß das foenus nauticum nur eine Form des Versicherungsvertrages ist, und daß nach feststehenden Grundsätzen bei diesem Vertrag die Bestimmung der Prämie dem Belieben der Parteien anheimgegeben ist, behauptet werden müßte, daß auch das foenus nauticum der gesetzlichen Beschränkung des Zinsmaßes nicht unterliegt. Vgl. Eichhorn Einl. in d. deutsche Privatr. §. 107 a. E. §. 114, Seuffert §. 313 Note 4, Arndts §. 283 Anm.

[10] Eine Stelle aus der Lehre vom nauticum foenus, die l. 122 §. 1 D. de V. O. 45. 1, bietet, — ohne besondere Grundsätze zu enthalten, — der Auslegung Schwierigkeiten dar. S. über dieselbe den Aufsatz von Huschke Zeitschrift f. Civ. u. Pr. N. F. X. 1 (1853) und die Schrift von Goldschmidt: Untersuchungen zu l. 122 §. 1 D. de V. O. (1855).

* Cod. 4. 30 de non numerata pecunia. — Aus der Literatur ist vor Allem hervorzuheben die gründliche und erschöpfende Bearbeitung von Gneist formelle Verträge S. 1—110, 265—318, 388—405 (1845). S. außerdem, aus der Zeit vor dieser Schrift: Pfeiffer vermischte Aufsätze S. 126—187 (1803) und practische Ausführungen II S. 146—167 (1828), Unterholzner Arch. f. civ. Pr. VII. 1 (1827), Cropp in Heise u. Cropp jur. Abhandlungen I S. 325 fg. (1827), Sintenis in Sell's Jahrb. I. 6 (1841); aus der Zeit nachher: Heimbach Lehre vom Creditum S. 633—692 (1849), Bähr

tend geschmälert [1]. Dasselbe beweist nämlich nur dann gegen den Aussteller, wenn dieser zwei Jahre [2] hat verstreichen lassen, ohne mit der Behauptung aufzutreten, daß das Bekenntniß unwahr sei, und er das Darlehn in Wirklichkeit nicht empfangen habe [3]. Während dieser Zeit muß der Gläubiger, wenn er das Darlehn zurückfordert, und der Aussteller der Urkunde den Empfang leugnet [4],

---

Anerkennung §. 27. 62 und Anhang S. 291 fg. (1855), Jahrb. f. Dogm. II S. 333—349 (1858), Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten 2. Abth. S. 180 fg. (1858), H. Witte Bereicherungsklagen S. 193—253 (1859), v. Salpius Novation und Delegation S. 314—336 (1864). Ausführlichere Literaturangaben bei Gneist und Schlesinger. — Unterholzner II S. 70—78, Sintenis II S. 264—272 und III §. 133 Note 36, Brinz S. 426—429.

[1] Auf Grund der nahe liegenden Betrachtung, daß das Empfangsbekenntniß häufig aus der Hand gegeben wird, bevor das Darlehn wirklich gezahlt ist. Vgl. l. 3 C. de dote cauta 5. 15. — Diese Schmälerung der Beweiskraft schriftlicher Empfangsbekenntnisse wird in den Pandekten nicht erwähnt; im Jahr 198 galt sie, wie aus der interpolirten („asseris", vgl. l. 1 C. si pign. conv. 8. 33) l. 1 C. h. t. hervorgeht, noch nicht. Dagegen wird sie in Constitutionen von Caracalla als geltend vorausgesetzt, s. namentlich l. 4 C. h. t. Mit vollkommner Sicherheit freilich läßt sie sich erst in einer Constitution von Alexander Severus, der l. 8 C. h. t., nachweisen. Ihre Quelle sind ohne Zweifel kaiserliche Rescripte, durch welche sie jedoch weniger eingeführt, als anerkannt und normirt wurde. Vgl. Gneist S. 265—285, Witte S. 197—201, 225—228.

[2] Zwei Jahre gemäß der Vorschrift Justinian's; vor ihm waren es fünf Jahre. L. 14 C. h. t.; vgl. tit. I. de lit. obl. 3. 22, §. 2 I. de exc. 4. 13. Ursprünglich (bis Diocletian) war die Frist eine einjährige. Cod. Hermog. tit. I (ed. Haenel p. 65). Gneist S. 15; s. jedoch auch Bähr S. 312, dazu Schlesinger S. 235. — Während der Minderjährigkeit des Ausstellers läuft die Frist nicht. L. 5 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41; vgl. l. 14 pr. i. f. C. h. t.

[3] Diese Behauptung heißt querela non numeratae pecuniae; der Aussteller, indem er sie aufstellt, queritur de non numerata pecunia. Vgl. Gneist S. 63—89.

[4] Durch die exceptio non numeratae pecuniae, welche die eine mögliche Form der querela non numeratae pecuniae ist (vgl. l. 9 l. 14 pr. §. 4 C. h. t., tit. I. de lit. obl. 3. 22). Wie aber erklärt sich der Ausdruck exceptio, da ja der Beklagte in dem Leugnen des Empfanges den Klagegrund bestreitet? Das römische Recht denkt sich die exceptio non numeratae pecuniae ursprünglich ausschließlich und auch später vorzugsweise als gerichtet gegen eine Urkunde, in welcher nicht bloß der Empfang des Darlehns, sondern auch eine Stipulation auf Rückgabe desselben bezeugt war; es lag nahe, den Namen auch auf den

zu anderen Beweismitteln greifen[5]. Ebenso muß er zu anderen Beweismitteln greifen, wenn der Aussteller auf Grund der Behauptung, daß er das Darlehn nicht empfangen habe, die Urkunde zurückfordert[6]. Der Aussteller kann sich aber auch auf einen einfachen schriftlichen Protest gegen die Urkunde beschränken; dadurch schließt er die Beweiskraft derselben für alle Zeit aus[7]. Mißbraucht jedoch der Aussteller sein Bestreitungsrecht gegen besseres Wissen, und es gelingt dem Gläubiger, durch andere Beweismittel darzuthun, daß das Darlehn wirklich gegeben worden sei, so trifft den Aussteller die Strafe des Doppelten[8]. Macht er von seinem Recht während der gesetzlichen Frist keinen Gebrauch, so beweist nun die Urkunde nicht bloß vollständig gegen ihn, sondern er wird auch nicht mehr zum Gegenbeweise gegen dieselbe zugelassen[9]. — Außer dem Gesagten ist noch Folgendes zu bemerken.

Fall zu übertragen, wo aus einer Urkunde mit Empfangsbekenntniß, aber ohne Stipulationsclausel, geklagt wurde (s. namentlich tit. I. de lit. obl. 3. 22, l. 14 C. h. t.). Gneist S. 266 ob., 398 fg., Schlesinger S. 250 fg., Witte S. 217 fg. Für diejenigen, welche einen neueren römischen Literalvertrag annehmen, wie namentlich Cropp und Bähr (§. 312 Note 2 a. E.), besteht die hier berührte Schwierigkeit nicht.

5 L. 1 l. 3 l. 10 l. 14 C. h. t., Nov. 18 c. 8. Vgl. auch Nov. 100.

6 L. 7 C. h. t., l. 3 C. de post. 2. 6, l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9. Gneist S. 57—60.

7 L. 14 §. 4 C. h. t. „In omni vero tempore, quod memoratae exceptioni taxatum est, ei licebit, cui talis exceptio competit, vel (= auch) denuntiationibus scripto missis querelam non numeratae pecuniae manifestare ei, qui numerasse eam vel alias res dedisse instrumento scriptus est . . . eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere“. L. 8 C. h. t., l. 5 C. si cert. 4. 2, l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9. Der Protest muß an den Gegner gerichtet werden; bei Abwesenheit desselben kann er gerichtlich geschehen, muß aber jedenfalls zur Kunde des Gegners gelangen. L. 14 §. 4 cit. und dazu Auth. *Hanc autem* aus Nov. 100 c. 1.

8 Nov. 18 c. 8 und daraus Auth. *Contra* zu l. 4 C. h. t. Vielfach wird aber diese Strafe für heutzutage unanwendbar gehalten; s. darüber §. 263 Note 4. Vgl. noch Schlesinger S. 267, Wetzell Civilproz. S. 179 (Beide gegen die Anwendbarkeit), Gneist S. 20 (welcher bemerkt, daß die Praxis an Stelle der Privatstrafen meistens arbiträre Strafen eintreten lasse).

9 L. 8 C. h. t., l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9, tit. I. de lit. obl. 3. 22. Vgl. auch l. 14 §. 2 C. h. t., Nov. 100 c. 1 (vv. *ubi enim licet in prolixo sic tempore*). Gneist S. 89 fg., 388 fg. A. M. Viele, entweder schon für

1. Nur solche Urkunden unterliegen der Bestreitung, in denen der Empfang im Allgemeinen, nicht solche, in denen er als in einer bestimmten, näher bezeichneten Vergangenheit geschehen bezeugt ist[10].

2. Das Bestreitungsrecht fällt dadurch weg, daß der Aussteller hinterher die Zahlung als erfolgt anerkennt, was auch stillschweigend durch theilweise Rückzahlung geschehen kann[11].

3. Der Bestreitung gegenüber kann der Beweis auch darauf gerichtet werden, daß nach Uebereinkunft der Parteien die Urkunde ausgestellt worden sei, obgleich die Zahlung weder erfolgt war, noch auch erwartet wurde. Die Urkunde enthält in diesem Falle einen reinen Vertrag[12].

4. Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze gelten auch für Empfangsbekenntnisse bei darlehnartigen Geschäften, d. h. bei Geschäften, welche wie das Darlehn auf generische Rückgabe einer

---

das römische Recht, oder mit Berufung auf eine entgegenstehende heutige Praxis. S. den Bericht bei Gneist S 97 fg. Die entgegenstehende Praxis ist jedenfalls keine ganz allgemeine. Cropp S. 385, Gneist S. 108, Bähr S. 246, Schlesinger S. 328. Vgl. auch noch Sintenis II §. 96 Note 45, Wetzell Civilproz. §. 22 Note 35 (von denen der Erste nach heutigem, der letzte schon nach römischem Recht den Gegenbeweis ausschließt). Für die Zulässigkeit des Gegenbeweises: Seuff. Arch. VIII. 250, XVI. 107.

[10] Nur bei Urkunden der ersten Art ist die in Note 1 bezeichnete Gefahr für den Aussteller vorhanden. Urkunden der zweiten Art unterliegen der Bestreitung eben so wenig, wie diejenigen, in denen irgend eine andere antecedens causa debendi bezeichnet ist. L. 13 vgl. l. 5 C. h. t. Gneist S. 286 fg., 304 fg. Seuff. Arch. X. 254.

[11] L. 4 C. h. t. Vgl. Gneist S. 52 fg., Sintenis Lehrb. a. a. O. Note 42. Seuff. Arch. VI. 26, X. 254.

[12] Ein abstractes Leistungsversprechen. Der Aussteller der Urkunde verspricht dadurch 100, daß er sich anheischig macht, sich behandeln zu lassen, als habe er 100 zum Darlehn empfangen; der Bestimmungsgrund zu diesem Versprechen kann jeder beliebige sein (vgl. §. 364 Note 3). — Hierher gehört auch der Fall, wo der Aussteller der Urkunde in derselben auf die exc. non numeratae pecuniae verzichtet. Er verspricht dadurch, sich als Darlehnsschuldner behandeln zu lassen, auch wenn er kein Darlehn erhalten haben sollte. Die Behauptung, daß der Verzicht nur als eidlicher wirksam sei (s. z. B. Sintenis Lehrb. Note 44), hat keinen Grund, am wenigsten in l. 16 C. h. t. Vgl. Gneist S. 56. 57. Gegen die Wirksamkeit des Verzichtes: Seuff. Arch. V. 276, X. 38, XII. 260; Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 277—278.

hingegebenen Quantität fungibler Sachen gerichtet sind [13], mit Ausnahme der (uneigentlichen) Hinterlegung [14]. [15]

[13] Also z. B. beim uneigentlichen Nießbrauch, der locatio conductio irregularis. So verstehe ich l. 14 pr. C. h. t.: „In contractibus in quibus pecuniae vel alias res numeratae vel datae esse conscribuntur", in Verbindung mit l. 5 C. h. t., wo die exc. non numeratae pecuniae auf „credita pecunia" beschränkt wird. S. über die verschiedenen Meinungen Gneist S. 294—304 (welcher selbst nicht über das Darlehn hinausgehen will), Bähr S. 317, Schlesinger S. 257. 258, Witte S. 212.

[14] Nach der ausdrücklichen Bestimmung in l. 14 §. 1 C. h. t.

[15] Das hier dargestellte Rechtsinstitut verdient vom legislatorischen Standpunkt keine Billigung. Es schützt den Schuldner gegen eine mögliche Ungerechtigkeit dadurch, daß es den Gläubiger der Gefahr einer gleichen Ungerechtigkeit aussetzt. Damit nicht ein gewissenloser Gläubiger den Schuldner zur Rückzahlung eines nicht empfangenen Darlehns nöthigen könne, wird eine Einrichtung getroffen, welche es dem gewissenlosen Schuldner möglich macht, dem Gläubiger ein wirklich empfangenes Darlehn vorzuenthalten. Ist aber nach Lage der Umstände die Gefahr einer Ungerechtigkeit nicht zu vermeiden, so ist es billiger, daß diese Gefahr den treffe, für den kein Beweismittel spricht, als den, welcher mit einem solchen versehen ist. Deßwegen hat die querela non numeratae pecuniae in der neueren Particulargesetzgebung keine Gunst erfahren. S. die Citate bei Gneist S. 110 Note 8 und ein bayerisches Gesetz vom 26. März 1859; HGB. Art. 295. — In der neueren Zeit sind aber auch Versuche gemacht worden, schon das römische Recht gegen die dargestellten Sätze zu schützen, — von Bähr und Schlesinger an den bei * genannten Orten. Bähr und Schlesinger behaupten übereinstimmend, das Besondere der querela non numeratae pecuniae bestehe nicht darin, daß die Beweiskraft der Empfangsurkunde während einer gewissen Zeit gemindert sei, sondern darin, daß diese Beweiskraft nach Ablauf einer gewissen Zeit sich steigere. Im Einzelnen weichen sie von einander ab. Bähr lehrt: durch die Vorschützung der querela non numeratae pecuniae werde allerdings der Gläubiger zum Beweis genöthigt, aber diesen Beweis führe er eben durch die Urkunde selbst, und dem Schuldner sei nur Gegenbeweis gestattet, — aber nicht mehr gestattet, wenn der Schuldner sich der Urkunde gegenüber zwei Jahre lang ruhig verhalten habe. Nach der Ansicht Schlesinger's geht die querela non numeratae pecuniae nicht sowohl darauf, daß der Aussteller damals, bei Ausstellung der Urkunde, noch nicht empfangen gehabt, als vielmehr darauf, daß er später nicht empfangen habe; der Aussteller müsse also, um sie geltend machen zu können, vorher nachweisen, daß die Urkunde wirklich in Erwartung künftiger Zahlung ausgestellt worden sei; das Recht, zu behaupten, daß dieß geschehen, verliere er aber durch den Ablauf von zwei Jahren, damit jedoch nicht auch zugleich das Recht des Gegenbeweises. — Meiner Ansicht nach scheitert die eine und die andere Auffassung an dem Inhalt unserer Quellen. Wenn auch eine Reihe von Quellenzeugnissen in ihrem Sinn ausgelegt werden können, so ist dieß doch bei anderen offenbar willkührlich oder geradezu unmöglich. S., was die Bähr'sche Auf-

d. Verbot des Darlehns an Hauskinder*.

§. 373.

Hauskindern soll kein Gelddarlehn gegeben werden; wer es dennoch thut, hat kein Rückforderungsrecht[1].

---

fassung angeht, namentlich (wenn man auch von der vielgedeuteten l. 13 C. h. t. absehen will) Nov. 18 c 8, Nov. 100; gegen Schlesinger außer diesen Stellen l. 1 l. 10 und besonders l. 5 C. h. t. Gegen diese neuen Auffassungen haben sich erklärt Gneist Comm. de causae probatione stipulatoris p. 7, Windscheid krit. VJSchr. III S. 109—114, Brinz S. 426—429, Witte S. 228 fg. (hauptsächlich gegen Bähr), Sintenis III §. 133 Note 36 (gegen Schlesinger); für Bähr (Schlesinger?) Wetzell Civilproz. S. 143. 177. — Eine besondere Auffassung der exc. non numeratae pecuniae für die ältere Zeit (vor Einführung ihrer zeitlichen Beschränkung) vertritt v. Salpius a. a. O. Die Erwähnung der numerata pecunia sei bei der Stipulation inhaltlose Form, deßwegen die exc. non numeratae pecuniae nichts als exc. doli im weitesten Sinn gewesen, zu deren Begründung der Schuldner vorerst die der Stipulation wirklich zu Grunde liegende causa habe beweisen müssen.

* Dig. 14. 6 de Senatusconsulto Macedoniano. Cod. 4. 28 ad Senatusconsultum Macedonianum. — Dietzel das Senatusconsultum Macedonianum (1856). Glück XIV S. 302—354; Unterholzner I S. 147—153, Sintenis II S. 512—516. §. 373.

[1] Dieser Rechtssatz ist durch einen Senatsschluß aus der Regierung K. Vespasian's (Sueton. Vesp. c. 11) eingeführt worden. Das Verhältniß, welches der Senat im Auge hatte, ist ein zu allen Zeiten wiederkehrendes: junge Leute, welche einen leichtsinnigen Lebenswandel führen, machen Schulden auf die väterliche Erbschaft („in mortem parentum", Tacit. Ann. XI. 13, vgl. die Worte des Senatsschlusses „etiam post mortem patris eius", und „exspectata patris morte"), und es finden sich Personen, welche ihnen auf dieselbe („incertis nominibus", Worte des Senatsschlusses), natürlich gegen harte Bedingungen, Geld geben, und dadurch ihrem tadelnswerthen Wandel Vorschub leisten. Auf diesem Wege war ein gewisser Macedo bis zum Vatermorde gekommen (Theoph. ad §. 7 I. quod cum eo 4. 7, vgl. auch l. 3 §. 3 D. h. t.), und dieß veranlaßte den Senat zu der Bestimmung: — „placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri". L. 1 pr. D. h. t., s. auch §. 7 I. cit. — Der Grundgedanke des Dietzel'schen Buches ist, daß der Senatsvorschrift nicht der hier bezeichnete „polizeiliche" oder „criminalpolitische" Gesichtspunkt zu Grunde liege, sondern ein „rein rechtlicher", nämlich die Vermögensunfähigkeit der Kinder, und daß jene Vorschrift nicht sowohl den Zweck habe, die Gläubiger vom Darlehngeben abzuhalten, als vielmehr den, die Hauskinder (und ihre Väter) zu schützen. Ich halte sowohl diesen Grundgedanken, als dessen Ausführung im Einzelnen für verfehlt. Allerdings ist die Vermögensunfähigkeit des Hauskindes Voraussetzung der

1. Unter Hauskindern sind zu verstehen Personen unter väterlicher Gewalt[2], ohne Rücksicht auf Geschlecht[3] und Alter[4]. Auch auf die Lebensstellung des Hauskindes kommt an und für sich nichts an[5]; insofern jedoch das Hauskind kraft der Lebensstellung, welche es einnimmt, das Recht der freien Verfügung über das von ihm Erworbene hat, wird dem Darlehnsgläubiger bis zum Belange des mit diesem Recht der freien Verfügung Erworbenen ein Rückforderungsrecht nicht versagt[6].

Senatsvorschrift (s. Note 6); aber nur deßwegen, weil gerade dadurch das in mortem patris credere in seiner vollen Nacktheit hervortritt.

2 Das Wort im weiteren Sinn gefaßt, so daß es auch auf die Gewalt des Großvaters 2c. 2c. geht. L. 14 D. l. 6 §. 1 C. h. t., §. 7 I. quod cum eo 4. 7. Adoptivkinder: l. 1 §. 1 D. h. t.

3 L. 9 §. 2 D. h. t.

4 Die Vorschrift gilt nicht bloß für Minderjährige, sondern auch für Großjährige Ja sie ist vorzugsweise auf Großjährige berechnet, da von Darlehen an Minderjährige schon die Furcht vor der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abhalten wird.

5 L. 1 §. 3 D. h. t. „In filiofamilias nihil dignitas facit, quominus SCum Macedonianum locum habeat. Nam etsi consul sit, vel cuiusvis dignitatis, SCo locus est".

6 Die in der vorigen Note citirte Stelle fährt fort: — „nisi forte castrense peculium habet, tunc enim SCum cessabit", und l. 2 eod. fügt hinzu: — „usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamilias fungantur". Dazu l. 7 §. 1 C. h. t., wo Justinian vorschreibt, daß jedes von einem Soldaten aufgenommene Darlehn gültig sei. Jedoch gehen die Meinungen über die richtige Auffassung dieser Stellen und das aus ihnen Herzuleitende sehr auseinander, s. die Citate bei Dietzel S. 23 fg. 1) Eine sehr verbreitete Ansicht versteht die l. 7 §. 1 C. cit. ihrem Wortlaute nach dahin, daß das von einem Soldaten aufgenommene Darlehn unbedingt gültig sei, also auch über den Belang seines castrensischen Peculiums hinaus, und auch dann, wenn er ein solches Peculium gar nicht habe. Der Grund, weßwegen ich meinerseits bei dem Wortlaute der Stelle nicht stehen bleiben zu dürfen glaube, liegt in dem Schluß derselben. „In plurimis enim iuris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt", — das ist wahr nur für den castrensischen Erwerb, und erinnert auffallend an l. 2 D. cit., — „et ex praesumtione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecuniam accipere vel expendere, nisi in causas castrenses": — wozu dieß, wenn Justinian sich die Darlehnsfähigkeit des Soldaten ohne alle Verbindung mit seiner castrensischen Erwerbfähigkeit gedacht hätte? Ich sehe in diesen Worten einen sehr deutlichen Hinweis auf den wirklichen Gedanken Justinian's. So weit der Haussohn erwerbfähig ist, will er aussprechen, ist derselbe auch darlehnsfähig. Aber muß man, wirft

2. Verboten sind nur Gelddarlehne, nicht Darlehne von anderen vertretbaren Sachen[7], und nur solche Darlehne, bei welchen

---

Justinian sich ein, seine Darlehnsfähigkeit nicht auf den Fall beschränken, wo er ein Darlehn gerade für den ihm möglichen Erwerb aufnimmt? Diese Frage verneint Justinian. 2) Von Manchen wird aus l. 1 §. 3 D. cit. der Satz hergeleitet, daß der Haussohn bis zum Betrage des castrensischen Peculiums, welches er zur Zeit der Belangung habe, auch dann hafte, wenn er zur Zeit der Darlehnsaufnahme noch nicht Soldat gewesen sei. Ich glaube, daß die Worte „nisi habeat castrense peculium“, wenn man ihren Zusammenhang mit dem Vorhergehenden (namentlich auch §. 2) berücksichtigt, die Beziehung auf eine andere Zeit, als die der Darlehnsaufnahme, nicht zulassen. Von der andern Seite darf man aus denselben nicht, wie Viele thun, den Satz herleiten, daß der Haussohn zur Zeit der Darlehnsaufnahme nicht bloß Soldat gewesen sein, sondern auch ein castrensisches Peculium schon wirklich gehabt haben müsse. Entweder bleiben die genannten Worte bei dem gewöhnlichen Fall stehen, — ohne allen castrensischen Erwerb wird der Soldat kaum jemals sein, — oder es ist zu sagen, daß in dieser Beziehung Justinian eine weiter gehende Bestimmung getroffen habe. 3) Das in Betreff des castrensischen Erwerbes Geltende wird von der herrschenden Meinung auch auf das peculium quasi castrense, von Manchen auch auf das peculium adventicium irregulare ausgedehnt. Meine Auffassung ist diese. Ich finde keine Schwierigkeiten darin, das in den Quellen für den filiusfamilias miles Anerkannte auf solche Haussöhne auszudehnen, welche wie dieser eine sie zum Erwerbe befähigende Lebensstellung einnehmen, also auf den Staats-, Hof- und Kirchendiener und den Advocaten; wer einer solchen Person leiht, leiht ebensowenig wie derjenige, welcher einem Soldaten leiht, bloß in mortem patris. Aber dadurch wird das in mortem patris Leihen nicht ausgeschlossen, daß der Haussohn möglicherweise von dem Landesherrn oder seiner Gemahlin etwas geschenkt erhalten, oder daß möglicherweise einer der außerordentlichen Fälle des pec. adventicium irregulare eintreten kann. 4) Dietzel, welcher mit dem zu 1 und 2 Gesagten übereinstimmt, will die Senatsvorschrift nicht bloß in allen Fällen des pec. quasi castrense und nicht bloß beim pec. adventicium irregulare, sondern auch beim pec. adventicium regulare ausgeschlossen wissen, und kommt so zu dem Resultate, daß sie heutzutage gar nicht mehr anwendbar sei (S. 151. 152 fg.). Aber es liegt auf der Hand, daß die Aussicht auf Befriedigung für den Darlehngeber eine gleich unsichere ist, mag der Empfänger erwerbunfähig, oder mag er dispositionsunfähig sein. 5) In dem Urtheil des OAG. zu Wolfenbüttel bei Seuff. Arch. XV. 20 wird angenommen, daß, wie der Soldat, so auch der Sachwalter unbedingt darlehnsfähig sei. — Für das heutige Recht kommt übrigens in Betracht, daß mit einer Lebensstellung, welche die factische Möglichkeit eigenen Erwerbes gewährt, von welcher Art sie auch sonst sein mag, regelmäßig auch die Begründung eines eigenen Haushaltes, und damit die Auflösung der väterlichen Gewalt, verbunden sein wird.

[7] L. 7 §. 3 D. h. t. Viel weniger andere Contracte, l. 3 § 3 eod. L.

das Hauskind wirklich Geld erhält; das Verbot bezieht sich nicht auf solche Fälle, wo dem Hauskind gestattet wird, das, was es schuldig ist, als Darlehn zu behalten[8].

3. Das Verbot gilt nicht für Darlehne, welche mit Zustimmung des Vaters gegeben werden, mag dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend[9], gleichzeitig vorhergehend oder nachfolgend sein[10]. Das Verbot gilt aber ferner auch nicht für solche Darlehne, welche der Vater, obgleich er ihnen nicht zugestimmt hat, als in seinem Interesse gegeben anerkennen muß[11].

---

7 pr. §. 2 l. 13 eod. Vgl. auch l. 3 §. 4—l. 6 eod. Ob das Darlehn verzinslich ist oder nicht, ist gleichgültig, l. 7 §. 9 eod.

[8] L. 3 §. 3 D. l. 9 C. h. t.

[9] Ausdrückliche Zustimmung: l. 2 l. 4 l. 5 i. f. l. 7 pr. C. h. t. Vgl. l. 12 l. 14 D. eod. Eine stillschweigende Zustimmung liegt unter Anderem in dem Nichtwiderspruch des Vaters, welcher von dem Darlehn weiß, l. 7 §. 11. 12 (vv. *si pater ignoravit*) vgl. auch l. 16 D. h. t., — vorausgesetzt, daß der Sohn das Darlehn nicht etwa für fremde Rechnung nimmt, z. B. als institor eines Andern, l. 7 §. 11 cit. — Der Satz, daß die Zustimmung des Vaters das Darlehn gültig mache, wird gewöhnlich als „Ausnahme" von der Senatsvorschrift dargestellt. Es scheint mir aber auf der Hand zu liegen, daß er sich unmittelbar aus dem Sinn der Senatsvorschrift als Beschränkung ihres zu allgemein gefaßten Wortlautes ergibt. Der Senat wollte verhüten, daß nicht junge Leute durch Darlehne die Mittel zu einem tadelnswerthen Lebenswandel gewönnen; durch die Zustimmung des Vaters ist natürlich diese Besorgniß ausgeschlossen. — Das über die Natur dieses Satzes Gesagte gilt in gleicher Weise von den Sätzen zu Note 11 u. 12.

[10] L. 7 pr. C. h. t, l. 7 §. 15 l. 16 D. eod.

[11] In denen eine in rem patris versio liegt. L. 7 §. 12—14 l. 17 D. h. t., l. 2 l. 5 C. h. t., l. 47 i. f. D. de solut. 46. 3, Nov. 115 c. 3 §. 13. Dietzel §. 9. 10. Im Einzelnen entscheiden die Grundsätze der actio de in rem verso. Hiernach greift die Senatsvorschrift namentlich auch dann nicht Platz, wenn das Kind Geld aufnimmt, um eigene Bedürfnisse zu befriedigen, welchen der Vater, wenn das Darlehn nicht aufgenommen worden wäre, aus seinen Mitteln abgeholfen haben würde, l. 7 §. 14 l. 2. 5 C. h. t., l. 47 i. f. D. de solut. Unter allen Umständen aber ist erforderlich, daß das Darlehn nicht bloß zum Besten des Vaters gereicht habe, sondern daß es auch zum Besten des Vaters gegeben worden sei, Paul. S. R. II. 9 §. 1. — Ich stelle hierher auch l. 7 §. 14 D. h. t. „Si filiusfamilias accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summoveretur, SC[i] cessat exceptio". Ich beziehe diese Stelle auf eine Schuld des Vaters, welche der Sohn für denselben bezahlt. Andere verstehen die Stelle von einer eigenen Schuld des Sohnes, und gründen auf dieselbe entweder eine Ausnahme folgenden Inhalts: wenn das Haus-

4. Die nachtheilige Folge der Uebertretung des Verbotes trifft nicht den Gläubiger, welcher kraft eines entschuldbaren Irrthums das Hauskind für einen selbständigen Menschen gehalten hat[12].

5. Die nachtheilige Folge der Uebertretung des Verbots besteht darin, daß der Gläubiger kein Rückforderungsrecht hat; näher: daß seinem an und für sich begründeten Rückforderungsrecht eine Einrede entgegengesetzt werden kann[13]. Diese Einrede steht dem

---

kind ein Darlehn aufnimmt, um einen Gläubiger zu befriedigen (Vangerow S. 456 unt., Sintenis S. 516, wie es scheint auch Dietzel), oder erweitern sie in Verbindung mit l. 47 §. 1 D. de solut. 46. 3 zu dem Satze, daß die Senatsvorschrift auch dann nicht Platz greife, wenn das Darlehn durch das Bedürfniß, oder durch ein unabweisliches Bedürfniß des Hauskindes gerechtfertigt sei. Es ist dieß nun an und für sich ein sehr anmuthender Gedanke, daß der Darlehnsgläubiger sich gegen die Senatsvorschrift auch durch den Nachweis solle schützen dürfen, daß es nicht Zwecke des Leichtsinns und der Ausschweifung seien, zu welchen das Hauskind das Darlehn genommen habe. Aber ich glaube nicht, daß die römische Jurisprudenz in der Beschränkung des Wortlauts der Senatsvorschrift so weit gegangen ist. Es scheint mir, sie hat sich zum Bewußtsein gebracht, wie gefährlich und abschüssig der Boden sei, welchen sie damit betrete, und sie ist einfach bei dem Satze stehen geblieben: dem Hauskind als solchem soll kein Darlehn gegeben werden; erlaubt wird das Darlehn nur dadurch, daß es mit Zustimmung oder zu Zwecken des Vaters gegeben wird. Was aber l. 7 §. 14 cit. speziell angeht, so ist darauf aufmerksam zu machen, daß nach l. 7 §. 12 h. t. die Senatsvorschrift nicht wegfällt („SC° locus erit"), wenn das Hauskind zum Zwecke der Bezahlung einer eigenen Schuld an den Vater borgt; ferner, daß in §. 11 der l. 7 von der voluntas des Vaters die Rede ist, in §. 12 und 13 von der in rem patris versio, in §. 15 von der Ratihabition des Vaters: ist es da nicht wahrscheinlich, daß auch der §. 14 auf den Vater zu beziehen ist? Uebereinstimmend mit dem hier Gelehrten entschied das OAG. zu Dresden bei Seuff. Arch. XI. 229.

[12] L. 3 pr. §. 1 l. 19 D. l. 1. 2 C. h. t., vgl. l. 10 D. de re iud. 42. 1. Wie ist zu entscheiden, wenn das Darlehn von Mehreren als Correalgläubigern oder an Mehrere als Correalschuldner gegeben wird, und der Irrthum ist nur bei Einem, oder nur in Beziehung auf Einen vorhanden? Darüber l. 7 §. 7. 8 D. h. t. Vgl. Dietzel S. 26 fg., S. 90. 99, Vangerow S. 456. Dietzel steht auch hier unter dem Einfluß seiner unrichtigen Auffassung des Princips der Senatsvorschrift.

[13] Die exceptio SC[i] Macedoniani. Vgl. Dietzel S. 102 fg. Diese Einrede kann auch noch in der Executionsinstanz vorgebracht werden. Bayer Vorträge S. 630, Wetzell Civilproz. §. 47 Note 123. — Genügt der Beweis,

Hauskinde nicht bloß während der Dauer der väterlichen Gewalt, sondern auch nach Auflösung derselben zu[14]; sie steht ferner nicht bloß dem Hauskinde selbst zu, sondern auch dem Vater, wenn dieser wegen des dem Kinde überlassenen Sondergutes in Anspruch genommen wird[15]. Jedoch schließt diese Einrede eine natürliche Verbindlichkeit des Hauskindes nicht aus; über das Maß, in welchem dieselbe rechtliche Anerkennung gefunden hat, s. §. 289 Nr. 6[16].

---

daß zur Zeit der Darlehnsaufnahme der Vater noch gelebt habe, oder muß der Beweis auf das Bestehen der väterlichen Gewalt zur Zeit der Darlehnsaufnahme gerichtet werden? Seuff. Arch. XII. 339 (vgl. XV. 36).

14 „Etiam post mortem patris", l. 1 pr. D. h. t.; Paul. S. R. II. 10 §. 1. Gerade auf diese Zeit ist die Einrede berechnet, da vorher dem Gläubiger die Möglichkeit der Befriedigung schon durch die Vermögenslosigkeit des Hauskindes abgeschnitten ist.

15 L. 6 pr. C. l. 7 §. 10 D. h. t., s. auch l. 9 §. 2 eod. Der actio quod iussu, institoria, exercitoria, de in rem verso haftet der Vater, weil in den Fällen derselben das Verbot der Senatsvorschrift gar nicht Platz greift (Nr. 3). — Mit den genannten Stellen stehen nicht in Widerspruch l. 18 D. h. t., vgl. l. 11. 12 D. de fidei. 46. 1, l. 12 §. 13 D. mand. 17. 1, l. 3 §. 4 i. f. D. de min. 4. 4, l. 1 C. ne fil. pro patre 4. 13. Zwar wird in diesen Stellen die Möglichkeit einer actio de peculio gegen den Vater aus Gelddarlehen des Sohnes anerkannt; aber diese actio de peculio geht nur auf die Bereicherung. Es ist bekannt, daß actio de peculio und de in rem verso una actio sind mit doppelter Condemnation; ihr vollständiger Name ist: actio de peculio deque eo quod in rem domini etc. versum est, und diese vollständige Bezeichnung findet sich auch wirklich in l. 12 §. 13 cit. Die anderen Stellen drücken sich in der Kürze ungenauer aus. Uebrigens konnte auch mit der actio de peculio als solcher das in rem versum eingefordert werden, vgl. z. B. l. 19 D. de in rem verso 15. 3. Anders erklärt die genannten Stellen Dietzel S. 59 fg.

16 Im Einzelnen bemerke man: die natürliche Verbindlichkeit des Hauskindes zeigt sich namentlich auch darin wirksam, daß es das Gezahlte nicht zurückfordern kann (§. 289 Note 18). Zahlt es aber, während es noch Hauskind ist, so zahlt es fremdes Geld, Geld, welches im Eigenthum des Vaters steht: hat nicht wenigstens der Vater ein Rückforderungsrecht? Gewiß eine Vindication, wenn die Geldstücke noch vorhanden sind; aber auch ein obligatorisches Rückforderungsrecht, wenn der Gläubiger dieselben verbraucht hat? Hätten wir diese Frage aus allgemeinen Grundsätzen zu beantworten, so würden wir über die zu gebende Antwort keinen Augenblick zweifelhaft sein: wir würden sagen, dem Vater stehe ein Rückforderungsrecht nicht zu, wenn der Gläubiger das Geld redlicher Weise verbraucht habe; denn dann sei der Gläubiger zwar um den Werth des Geldes reicher geworden, zugleich aber

6. Die Einrede wird verloren durch Verzicht des Hauskindes, nachdem es selbständig geworden ist, d. h. durch einen mit dem Gläubiger abgeschlossenen Vertrag, durch welchen das gewesene Hauskind sich verpflichtet, von der Einrede keinen Gebrauch zu machen. Eine nicht vertragsmäßige Anerkennung genügt nicht[17].

---

auch um sein Forderungsrecht ärmer (§. 342 Note 3). Dagegen hafte der Gläubiger dem Vater allerdings, wenn er das Geld unredlicher Weise verbraucht habe, mit rei vindicatio und actio ad exhibendum (als fictus possessor), condictio sine causa und furtiva. Wenn wir nun finden, daß von zwei Quellenstellen, beide von demselben Verfasser, die eine dem Vater eine condictio zuspricht (l. 9 §. 1 D. h. t.), die andere sie ihm abspricht (l. 14 D. de R. C. 12. 1), so ist doch gewiß das Natürlichste, dieß aus der so eben entwickelten Unterscheidung zu erklären. Dem stehen auch die Worte „ex omni eventu" in der ersten Stelle nicht entgegen; dieselben wollen nicht sagen, daß der Vater die Condiction unter allen Umständen habe, sondern daß der Vater, wenn nicht die Vindication, „jedenfalls" die Condiction habe. Diese Vereinigung der beiden Stellen ist denn auch schon vielfach geltend gemacht worden (Glück XIV S. 318, Unterholzner I S. 149 Note n, Witte Bereicherungsklagen S. 299). Andere glauben, daß in der l. 14 cit. nur die condictio ex mutuo, nicht die condictio sine causa abgesprochen werde (Sintenis II §. 108 Anm. 43); noch andere halten den Widerspruch für unlösbar (Dietzel S. 122 fg., Brinz S. 394, Voigt cond. ob causam S. 752—754). Puchta Vorles. zu §. 306 ist in der Sache der hier vertretenen Meinung, will aber in l. 9 §. 1 cit. „condictionem" in „vindicationem" abändern. Auch Schwanert Naturalobl. S. 192 fg. sieht in dieser Aenderung das einzige Hülfsmittel, lehrt aber in der Sache, daß der Vater unter keinen Umständen ein obligatorisches Rückforderungsrecht habe.

17 Anders die herrschende Meinung. Es kommt hier auf folgende Stellen an. a) L. 9 pr. D. h. t. In dieser Stelle wird mit deutlichen Worten gesagt, daß Verpfändung für die Schuld die exc. SC[i] nur soweit ausschließe, wie das Pfand reiche. (S. übrigens auch Dernburg Pfandrecht I S. 548). b) Es ist nicht abzusehen, weßwegen theilweise Zahlung eine weiter gehende Wirkung haben sollte, als theilweise Verpfändung; daher ist l. 7 §. ult. D. h. t. („Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit SC[um], nec solutum repetere potest") davon zu verstehen, daß das SC[um] eben für das Gezahlte wegfalle, und in l. 9 pr. cit. statt „sed" zu lesen „sed et". Diese Erklärung wird auch von Solchen vertreten, welche sonst die Anerkennung schlechthin als Grund des Ausschlusses der Einrede zulassen, vgl. den Bericht bei Dietzel S. 132, Vangerow S. 455. c) L. 2 C. h. t. „Zenodorus si . . . suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit, vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est". Es ist nicht nothwendig, unter der hier genannten Anerkennung eine andere Anerkennung zu verstehen, als eine solche, wie sie auch in der Novation liegt, d. h. Abschluß eines Rechtsgeschäftes, durch welche die Schuld als gültig

Verzicht während der Dauer der väterlichen Gewalt ist unverbindlich[18]. — Die Einrede gilt ferner nicht gegenüber dem Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[19].

2. Die Leihe*.

a. Das Leihen im engeren Sinn**.

α. Begriff.

§. 374.

Eine Sache leihen heißt: Jemandem eine Sache hingeben mit Einräumung der Befugniß, sie in gewisser Weise, und zwar un-

behandelt wird, also Verpfändung, Erfüllungsversprechen, Bürgschaftsbestellung. Diese Rechtsgeschäfte, soll gesagt werden, sind gültig (wegen der zu Grunde liegenden natürlichen Verbindlichkeit); es soll nicht gesagt werden, daß sie auch über sich selbst hinaus wirken, und auch denjenigen Theil der Schuld einforderbar machen, welcher durch sie nicht gedeckt wird. Vgl. für diesen Sinn von agnoscere l. 64 D. de cond. ind. 12. 6. — Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 275—277.

[18] So wird allgemein gelehrt, und unbezweifelbar richtig für den Fall, wo der Verzicht sogleich bei der Darlehnsaufnahme ausgesprochen wird. Wollte man einen solchen Verzicht zulassen, so würde man damit gegen die Absicht des Senatsschlusses verstoßen; Schuldner von der Art, wie der Senat sie im Sinne hat, werden, um ein Darlehn zu erlangen, sofort zu einem Verzichte bereit sein. Dagegen ist nicht unzweifelhaft die Unverbindlichkeit des Verzichtes, welcher nach der Darlehnsaufnahme ausgesprochen wird. Wenn das Hauskind dem Gläubiger schenkungsweise direct 100 versprechen wollte, so wäre das Versprechen unbedingt gültig: warum sollte es ungültig sein, wenn das Hauskind dem Gläubiger verspricht, gegen seine Darlehnforderung von 100 eine ihm zustehende Einrede nicht geltend machen zu wollen? Doch wird man auch in Beziehung auf diesen Verzicht bei der herrschenden Meinung stehen bleiben müssen wegen l. 2 C. h. t. Das argumentum a contrario (aus „suae potestatis factus") ist in dieser Stelle bei der Vollständigkeit, womit dieselbe offenbar die Fälle des Wegfalls der exc. SCi aufzuzählen sich bemüht, kaum abzulehnen. Ist aber selbst das erneute Versprechen des Verschuldeten für das Hauskind unverbindlich, so ist es gewiß der einfache Verzicht auf seine Einrede.

[19] L. 11 §. 7 D. de min. 4. 4.

* G. E. Schmidt das commodatum und precarium (1841). Kritz Pandektenrecht Thl. I Bd. 1 S. 385—460 (1837).

** Dig. 13. 6 commodati vel contra. Cod. 4. 23 de commodato. — Glück XIII S. 246—474; Unterholzner II S. 552—560, Sintenis II S. 547—551.

entgeltlich, zu gebrauchen[1], und mit Auferlegung der Verpflichtung, sie nach gemachtem Gebrauch zurückzugeben. Durch die Annahme der geliehenen Sache kommt ein Vertrag zu Stande[2], der Leihvertrag.

1. Geliehen werden kann Alles, was durch den Gebrauch, zu welchem es hingegeben wird, nicht aufgebraucht wird, mag es gleich im Verkehr gewöhnlich nur als verbrauchbar in Betracht kommen[3]. Geliehen werden kann ferner das Unbewegliche sowohl, wie das Bewegliche[4]. Auch das thut der Gültigkeit des Vertrages keinen Eintrag, daß die geliehene Sache nicht im Eigenthum des Leihenden steht[5]; steht sie dagegen im Eigenthum des Empfängers selbst, so ist der Leihvertrag nur dann gültig, wenn sie als Sache des Empfängers geliehen worden ist[6], nicht aber, wenn dieser über sein Eigenthum im Irrthum war[7]. Ebenso hört die Verbindlichkeit des Empfängers auf, wenn der Empfänger hinterher das Eigenthum der geliehenen Sache erwirbt[8].

2. Der Gebrauch, zu welchem die Sache hingegeben wird, kann ein mehr oder minder umfassender sein; er kann im Ver=

---

1 Der Hingebende bleibt Eigenthümer; ja er behält den juristischen Besitz, da der Empfänger in seinem Namen besitzt (I §. 155 Note 3). L. 8. 9 D. h. t., l. 3 §. 20 l. 20 D. de acq. poss. 41. 2. §. 374.

2 Der Leihvertrag ist ein Realvertrag. §. 2 I. quib. mod. re 3. 14. „Item is, cui aliqua res utenda datur, i. e. commodatur, re obligatur“. L. 1 §. 3 D. de O. et A. 44. 7.

3 L. 3 §. 6 l. 4 D. h. t. „Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. Saepe enim ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant“. L. 18 §. 1 D. de R. C. 12. 1.

4 Ob es mit dem Sprachgebrauch des Lebens vereinbar ist, von „Leihen“ eines Grundstücks zu reden, kann bei uns ebenso bezweifelt werden, wie es bei den Römern in Betreff des Ausdrucks „commodare“ bezweifelt wurde. Jedenfalls gelten für die Einräumung des Gebrauchs eines Grundstücks dieselben rechtlichen Grundsätze, wie für die Einräumung des Gebrauchs einer beweglichen Sache. L. 1 §. 1 D. h. t., l. 17 pr. D. de praescr. verb. 19. 5. — Leihen unkörperlicher Sachen? Schmidt a. a. O. S. 117 fg., Sintenis II §. 111 Anm. 1.

5 L. 15. 16 D. h. t.

6 Arg. l. 28 D. de acq. poss. 41. 2.

7 L. 15 D. dep. 16. 3. Vgl. l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17.

8 Vgl. l. 20 §. 3 l. 29 D. de pign. act. 13. 7, l. 9 §. 6 D. loc. 19. 2.

trage ausdrücklich bezeichnet sein, oder sich aus den Umständen als gewollt ergeben[9].

3. Unentgeltlichkeit des Gebrauchs ist dem Leihvertrage wesentlich. Ist eine Gegenleistung bedungen, so liegt ein Miethvertrag, oder, wenn die Gegenleistung nicht in Geld besteht, ein unbenannter Vertrag vor[10].

β. Verpflichtungen.

§. 375.

Die Verpflichtungen aus dem Leihvertrag stehen unter keiner Rechtsregel, welche die Entscheidung für jeden einzelnen Fall unmittelbar an die Hand gäbe. Vielmehr hat der Richter den Inhalt der Verpflichtungen der Parteien in jedem einzelnen Fall mit Rücksicht auf die allgemeine und besondere Intention des Geschäfts nach seinem Ermessen zu bestimmen[1]. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Die Hauptverbindlichkeit[2] aus dem Leihvertrage ist die des Empfängers auf Rückgabe der geliehenen Sache[3]. Mit der Sache selbst muß alle Zubehörung zurückgegeben werden, mit welcher sie geliehen worden ist[4]; ebenso was der Empfänger von derselben an Gewinn gezogen hat[5]. Kann der Empfänger die

---

[9] Vgl. l. 3 §. 12 l. 5 §. 7. 8 l. 10 pr. D. h. t., l. 76 pr. D. de furt. 47. 2, §. 7 I. de obl. quae ex del. 4. 1. Kritz Samml. von Rechtsfällen I S. 189 fg., Pandektenrecht Th. I Bd. 2 S. 387 fg. Dagegen Schmidt a. a. O. S. 157—181, welcher auszuführen sucht, daß Bestimmtheit des Gebrauchs zum Wesen des Commodats gehöre. S. darüber Vangerow III S. 631, Sintenis II S. 547 Anm. 1 a. E.

[10] §. 2 i. f. I. quib. mod. re 3. 14, l. 5 §. 12 D. h. t., l. 17 §. 3 D. de praescr. verb. 19. 5.

§. 375. [1] Der römische Ausdruck dieses Satzes ist, daß die actio commodati eine actio bonae fidei ist, §. 28 I. de act. 4. 6. Vgl. I §. 46 Note 4.

[2] Actio commodati directa.

[3] L. 2 pr. D. de R. C. 12. 1. „Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus; alioquin commodatum est aut depositum". — Im Zweifel wird als Wille der Parteien anzunehmen sein, daß der Empfänger die Sache zurückbringen müsse. S. §. 282 Note 3.

[4] L. 5 §. 9. 13 D. h. t., l. 14 §. 15 D. de furt. 47. 2.

[5] L. 38 §. 10 D. de usur. 22. 1, l. 14 §. 15 D. de furt. 47. 2. Ueber l. 22 pr. — §. 3 C. h. t. (vgl. §. 327 Note 12) s. Ihering Abhandlungen S. 48—50, Mommsen Erörterungen I S. 93. 94.

geliehene Sache nicht zurückgeben, oder kann er sie nicht in unbeschädigtem Zustand zurückgeben[6], so haftet er auf Schadensersatz nicht bloß, wenn diese Unmöglichkeit in seiner Arglist, sondern auch, wenn sie in seiner Nachlässigkeit[7] ihren Grund hat[8], es müßte denn ausnahmsweise der Vertrag nicht in seinem, sondern in des Leihenden Interesse abgeschlossen worden sein[9]. Für Zufall haftet der Empfänger nur, wenn es ausgemacht worden ist[10]. — Was die Zeit der Rückgabe angeht, so ist der Empfänger weder verpflichtet, die Sache vor der im Vertrage festgesetzten Zeit, noch auch, wenn eine Zeit nicht festgesetzt worden ist, vor gemachtem Gebrauch zurückzugeben[11]. Anders nur a) wenn er

---

6 L. 3 §. 1 D. h. t. „Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quod interest praestetur; proprie enim dicitur res non reddita quae deterior redditur".

7 Gewöhnliche, unqualificirte Nachlässigkeit, levis culpa (§. 265 Note 4).

8 L. 5 §. 2. 15 l. 10 pr. l. 18 pr. D. h. t., l. 1 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, §. 2 I. quib. mod. re 3. 14. Vgl. l. 5 §. 4—7. 9. 13. 14 l. 12 §. 1 l. 19 l. 20 l. 23 D. h. t.

9 L. 5 §. 10 D. h. t.: — „si sua duntaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scenicis commodavit . . . L. 10 §. 1 l. 12 pr. eod. Ueber l. 18 pr. i. f. D. h. t. s. Hasse Culpa §. 47, Sintenis II §. 111 Anm. 16, Dernburg Pfandrecht I S. 151.

10 L. 1 C. h. t., l. 21 §. 1 D. h. t. Dahin gehört auch der Fall, wenn die Sache gegen eine Taxe in dem Sinne hingegeben wird, daß entweder die Sache oder die Taxe zurückgegeben werden müsse. L. 5 §. 3 D. h. t., vgl. l. 7 §. 5 i. f. D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Chambon Beiträge S. 15 fg. — Daß der Empfänger bei zufälligem Verlust oder zufälliger Beschädigung auch dann Ersatz geben muß, wenn der Zufall die Sache in Folge eines Gebrauches betroffen hat, den er von der Sache unbefugter Weise und wissend, daß er dazu nicht befugt sei, gemacht hat (l. 5 §. 7 D. h t., l. 1 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, §. 2 I. quib. mod. re 3. 14): ist keine Ausnahme von dem Satz, daß der Empfänger nur für Schuld haftet. Es ist in der That seine Schuld, aus welcher er hier in Anspruch genommen wird, nämlich der wissentlich unrechtmäßige Gebrauch der Sache; nur wird nicht eine directe, sondern eine indirecte Folge dieser Verschuldung gegen ihn geltend gemacht; die Sache würde ohne den unrechtmäßigen Gebrauch von dem Zufall nicht betroffen worden sein. Uebrigens fällt ein wissentlich unrechtmäßiger Gebrauch der Sache auch unter den Begriff der Entwendung (furtum). L. 5 §. 8 D. h. t., §. 6. 7 I. de obl. quae ex del. 4. 1; vgl. l. 16 D. de cond. furt. 13. 1.

11 L. 5 pr. l. 17 §. 3 D. h. t., c. un. X. de commod. 3. 15. L. 17 §. 3 cit. „Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est, commodare: ita mo-

die Sache mißbraucht[12]; b) wenn der Leihende die Sache selbst bedarf, und für den Empfänger kein unverhältnißmäßiger Nachtheil mit der sofortigen Rückgabe verbunden ist[13].

2. Möglicherweise kann aus dem Leihvertrag auch ein Anspruch zu Gunsten des Empfängers gegen den Leihenden begründet sein, namentlich[14] wegen nothwendiger außergewöhnlicher Verwendungen[15], ferner wegen des durch die geliehene Sache angerichteten Schadens, wobei der Leihende, wenn nicht ausnahmsweise der Vertrag in seinem Interesse abgeschlossen worden ist, nur für Arglist haftet[16]. Der Empfänger kann seine Gegenansprüche durch Retention der Rückforderung des Leihenden gegenüber (§. 351), oder auch durch besondere Klage geltend machen[17].

---

dum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, i. e. postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dan*tem* accipien*tem*que; geritur enim negotium invicem; et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles". Beispiele im Verfolg der Stelle. Schmidt a. a. O. S. 184 fg.

12 Arg. l. 3 C. de loc. 4. 65.

13 So Unterholzner S. 555, welcher in Note g bemerkt: „Wegen dieser Billigkeitsausnahme dürfte nicht so fast auf l. 3 C. de loc. 4. 65 Bezug zu nehmen sein (denn es ist schwerlich anzunehmen, daß dort gemeint ist, man dürfe den Miether ohne allen Ersatz austreiben, wenn man die Wohnung selbst gebraucht), als auf das, was die bona fides, wie man diese beim commodatum zu denken hat, mit sich bringt". S. auch Sintenis §. 111 Note 7; aber auch Schmidt S. 185.

14 S. außerdem l. 17 §. 3 D. h. t., l. 17 §. 5 eod. (vgl. l. 2 D. de cond. sine causa 12. 7), l. 21 pr. eod.

15 L. 18 §. 2 D. h. t. „Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo, qui commodasset, agi deberet, velut de impensis in valetudinem servi factis, quaeve post fugam requirendi reducendive eius causa factae essent; nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. Sed et id quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet; modica enim impendia verius est, ut, sicut cibariorum, ad eundem pertineant". L. 15 §. 2 l. 59 D. de furt. 47. 2, Paul. S. R. II. 4 §. 1.

16 L. 17 §. 3 l. 18 §. 3 l. 22 D. h. t., l. 61 §. 6 D. de furt. 47. 2.

17 Actio commodati contraria. L. 18 §. 4 D. h. t., l. 15 §. 2 l. 59 D. de furt. 47. 2. compensativ

b. Das Precarium*.

§. 376.

Vom eigentlichen Leihen sind solche Fälle zu unterscheiden, in denen eine Sache zum Gebrauch hingegeben wird, ohne daß der Leihende sich irgendwie binden will, aber auch ohne daß er gemeint ist, seinerseits dem Empfänger eine weiter gehende Verpflichtung aufzuerlegen, als diejenige, welche sich von selbst versteht, nämlich die Verpflichtung zur Rückgabe des Empfangenen. Es sind dieß Fälle von Diensterweisung, von denen die Parteien selbst nicht wollen, daß an sie der strenge juristische Maßstab angelegt werde. An einer Bezeichnung, durch welche ihre Eigenthümlichkeit, und namentlich ihr Gegensatz zum eigentlichen Leihvertrag, hervorgehoben würde, fehlt es der deutschen Sprache[1]; die Römer haben dafür den in in der Ueberschrift genannten Ausdruck[2].

---

* Dig. 43. 26 de precario. Cod. 8. 9 de precario et Salviano interdicto. — §. 376. Vom Precarium handelt außer der zum vorigen §. bezeichneten Schrift von G. E. Schmidt: Bulling das Precarium (1846). Unterholzner II S. 564—568, Sintenis II S. 551—556, Vangerow III §. 691 Anm.

[1] Bittvertrag?

[2] Die Römer haben das Precarium ursprünglich gar nicht als Vertrag behandelt. Der Empfänger haftete ursprünglich bei verweigerter Zurückgabe lediglich als Verletzer fremden Besitzes (interdictum de precario, I §. 160 Nr. 2). Diese Seite des Schutzes des Hingebenden tritt in unseren Quellen sehr entschieden in den Vordergrund; nur in sehr wenigen Stellen wird die Vertragsnatur des Verhältnisses betont. S. Note 3 und vgl. l. 14 D. h. t., l. 14 §. 11 D. de furt. 47. 2. — Das Precarium wird in den Quellen dargestellt als eigentlich berechnet auf unbewegliche Sachen, und als nur später auf bewegliche Sachen ausgedehnt. L. 4 pr. D. h. t. „In rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit". Vgl. Isidori orig. V. 25. „Precarium est, dum creditor rogatus permittit, debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere". Dieß unterstützt wesentlich die von Niebuhr aufgestellte Vermuthung, daß das Precarium ursprünglich das Lehenverhältniß zwischen dem Patron und Clienten in Betreff des auf dem ager publicus verliehenen Bauerngutes gewesen sei. Vgl. Savigny Besitz S. 562 fg. Praktische Anwendungen, in denen das Precarium in unseren Quellen erscheint, sind folgende: der Faustpfandgläubiger (ursprünglich der creditor fiduciarius, Gai. II 60, Isidor. l. c.) gibt einstweilen dem Verpfänder den Besitz und Genuß der verpfändeten Sache zurück, l. 6 §. 4 l. 11 D. h. t.; der Verkäufer überläßt vorläufig, bis zur Bezahlung des Kaufpreises, oder bis es sich

Nach dem Gesagten geht die Verpflichtung des Empfängers[3] lediglich auf Rückgabe der Sache; Verweigerung der Rückgabe bis zum Urtheil zieht Verurtheilung auf das Doppelte nach sich[4]. Hat er die Sache nicht mehr, so haftet er für Arglist, weil für Arglist Jedermann, auch abgesehen von allem contractlichen Verhältniß, haftet; aber für Nachlässigkeit steht er nicht ein[5]. Von der anderen Seite muß er die Sache zurückgeben, sobald der Hingebende es verlangt; selbst wenn über die Zeit der Rückgabe eine Bestimmung getroffen worden ist, darf dieß nicht so ausgelegt werden, als habe dadurch dem Empfänger ein irgendwelches Recht zum Behalten eingeräumt werden sollen[6]. Ebensowenig hat der Empfänger einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen, oder auf Ersatz von Schaden, der ihm etwa durch die hingegebene Sache verursacht worden ist[7].

---

entscheidet, ob der Kaufvertrag definitiven Bestand hat, dem Käufer den Besitz und Genuß der Kaufsache, l. 20 D. h. t., l. 13 §. 21 D. de A. E. V. 19. 1, l. 11 §. 12 D. quod vi aut clam 43. 24. — Es ist behauptet worden, daß die römische Unterscheidung zwischen precarium und commodatum lediglich auf historischen Gründen beruhe, und daß ihr daher für das heutige Recht keinerlei Bedeutung mehr zukomme; so namentlich von Kritz Sammlung von Rechtsfällen I Nr. 14 und Pandektenrecht I Bd. 2 S. 429 fg. Hauptsächlich gegen diese Ausführungen ist das Buch von G. E. Schmidt (§. 375*) geschrieben; s. ferner Vangerow S. 638—640 und neuestens Randa der Besitz nach österr. Recht S. 276 Note 10. Nicht ganz so weit wie Kritz geht Brinz S. 87. Ist das im Text Gesagte richtig, so besteht ein Unterschied im Gedanken zwischen precarium und commodatum, welcher für uns gerade so lebendig ist, wie er für die Römer war, obgleich es unter Umständen schwer genug sein mag, in einem gegebenen Fall zu bestimmen, ob die Parteien das eine oder das andere Rechtsverhältniß gemeint haben. Uebertreibung aber ist es, wenn Schmidt a. a. O. S. 100 das Precarium für ein „rein factisches Verhältniß" erklärt, welches erst durch die gerichtliche Belangung des Empfängers zum Rechtsverhältniß werde.

3 Actio praescriptis verbis. L. 2 §. 2 l. 19 §. 2 D. h. t., l. 23 D. de R. I. 50. 17, Paul. S. R. V. 6 §. 10.

4 L. 10 C. unde vi 8. 4, l. 34 C. de loc. 4. 65 (§. 263 Note 10. 15).

5 Daß dieß nicht bloß für das interdictum de precario gilt (l. 2 D. h. t.), sondern auch für die Vertragsklage, zeigt l. 23 D. de R. I. 50. 17. „Contractus quidam dolum malum tantum recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium . . .".

6 L. 1 pr. §. 2 l. 2 §. 2 l. 15 pr. D. h. t.; l. 12 pr. eod.

7 Es ist nirgends in unseren Quellen von solchen Gegenansprüchen die Rede.

3. Die Hinterlegung*.

a. Regelmäßiger Fall.

α. Begriff.

§. 377.

Eine Sache hinterlegen (deponiren) heißt: sie einem Andern in Verwahrung geben[1], ohne daß demselben für den Raum, welchen er zu diesem Ende gewährt, eine Vergeltung versprochen wird. Ist dieses Letztere der Fall, so liegt ein anderes Geschäft vor[2]. Durch die Annahme der hinterlegten Sache kommt der Hinterlegungsvertrag zu Stande[3].

Die Hinterlegung setzt eine bewegliche Sache voraus[4]; von welcher Art im Uebrigen die hinterlegte Sache sei, ist gleichgültig.

---

* Dig. 16. 3 Cod. 4. 34 depositi vel contra. — Glück XV S. 137—238; Unterholzner II S. 659—673, Sintenis II §. 112. Der Aufsatz von Asher Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXII. 8 ist rechtsgeschichtlichen Inhalts. §. 377.

1 L. 1 pr. D. h. t. „Depositum est, quod custodiendum alicui datum est". Das ist aber nicht so zu verstehen, als wenn der Empfänger die Verpflichtung zur Bewahrung der Sache, zu einer besonderen Bewahrungsthätigkeit, übernähme; er gewährt bloß seinen Raum zu dem Ende, damit die Sache in demselben bewahrt sei. L. 1 §. 12 D. h. t. „Quodsi rem tibi dedi, ut . . . tu custodires, . . videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit. Et Pomponius dubitat. Puto tamen, mandati esse actionem; quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem".

2 L. 1 §. 8—10 D. h. t.

3 Der Hinterlegungsvertrag ist ein Realvertrag. L. 1 §. 5 D. de O. et A. 44. 7, §. 3 I. quib. mod. re 3. 14. — Dieß leugnet für das heutige Recht Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 16 fg.; nach heutigem Recht sei der Hinterlegungsvertrag Consensualvertrag. Unger übersieht, daß in der unendlichen Mehrzahl der Fälle die Parteien eine Verpflichtung des Empfängers nicht vor dem wirklichen Empfange wollen. Einen auf Inverwahrungnehmen gerichteten Vertrag halte auch ich für einen Consensualvertrag, nicht bloß was die Verpflichtung zum Inverwahrungnehmen, sondern auch was die Verpflichtung zur Rückgabe angeht. — Derjenige, bei welchem hinterlegt wird, heißt in den Quellen depositarius (während der Ausdruck commodatarius nicht quellenmäßig ist). Der Ausdruck depositarius wird aber auch zur Bezeichnung des Hinterlegenden gebraucht, l. 7 §. 2. 3 D. h. t.

4 Dieß folgt aus dem Begriff der Hinterlegung. Man kann eine unbe-

Für den Fall, wo nicht eine eigene Sache des Hinterlegenden, oder eine eigene Sache des Empfängers hinterlegt wird, gilt das Gleiche, wie beim Leihvertrag (§. 374 Nr. 1 a. E.)[5].

β. Verpflichtungen.

§. 378.

Der Hinterlegungsvertrag steht so wenig, wie der Leihvertrag, unter einer alles Einzelne genau normirenden Rechtsregel; in letzter Linie entscheidet auch hier, auf Grundlage der Intention des Geschäftes, das Ermessen des Richters[1]. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Die Hauptverpflichtung aus dem Hinterlegungsvertrag[2] ist die des Empfängers auf Rückgabe der hinterlegten Sache. Dieser Verpflichtung kann der Empfänger auch durch Berufung auf sein Eigenthumsrecht an der Sache, wenn dasselbe vom Gegner bestritten wird, nicht entgehen; er muß die Sache herausgeben, und sein Eigenthumsrecht in einem besonderen Prozesse geltend machen[3]. Kann er die hinterlegte Sache nicht zurückgeben, oder kann er sie nicht in unbeschädigtem Zustande zurückgeben[4], so haftet er nur für Arglist, nicht für Nachlässigkeit[5]; es müßte denn ausnahmsweise die Hinterlegung in seinem Interesse ge-

---

wegliche Sache bewachen; aber man kann ihr nicht zum Zweck des Bewahrtseins seinen Raum gewähren. Vgl. Sintenis a. a. O. Note 8.

5 L. 1 §. 39 l. 31 § 1 D. h. t. (vgl. Nov. 88 c. 1); l. 15 eod., l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17.

§. 378. 1 Die actio depositi ist actio bonae fidei, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 1 §. 23 D. h. t.

2 Actio depositi directa.

3 L. 11 C. h. t. (vv. *actiones personales vel in rem*).

4 L. 1 §. 16 D. h. t. „Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita depositi agi potest".

5 L. 1 §. 9 l. 32 D. h. t. und öfter das., l. 1 C. eod.; Coll. X. 2 §. 1. 4, 7 §. 6. Unterholzner S. 666: „Dieß ist natürlich, da in dem Verhältniß nichts liegt, woraus die Verbindlichkeit zu einer eigentlichen Sorgfalt abgeleitet werden könnte, und auch die Billigkeit nicht verlangt, daß Jemand, der aus einem Geschäft keinen Vortheil zieht, weiter als wegen Gewissenlosigkeit hafte". L. 5 §. 2 D. commod. 13. 6, l. 17 §. 2 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1 §. 5 D. de O. et A. 44. 7.

schehen sein[6], oder er müßte sich zur Hinterlegung zugedrängt[7], oder die Verhaftung für Nachlässigkeit vertragsmäßig übernommen haben[8]. Mit der hinterlegten Sache muß natürlich aller Zubehör, mit dem sie hinterlegt worden ist, zurückgegeben werden[9]; ebenso was sie etwa bei dem Empfänger an Frucht getragen hat[10]. Die Rückgabe muß erfolgen, sobald der Hinterlegende sie verlangt; eine bei dem Vertrage hinzugefügte Zeitbestimmung hat nicht den Sinn, daß der Empfänger die Sache bis zu der bezeichneten Zeit behalten dürfe[11]. Ist die Hinterlegung zur Zeit eines Nothstandes erfolgt[12], so geht die Verurtheilung auf das Doppelte[13].[14]

2. Möglicherweise kann auch ein Gegenanspruch des Empfängers gegen den Hinterlegenden begründet sein, namentlich wegen nothwendiger oder sonst dem Hinterlegenden zur Last fallender Verwendungen[15], ferner wegen des durch die hinterlegte Sache verursachten Schadens, wobei der Hinterlegende nicht bloß für Arglist, sondern auch für Nachlässigkeit einsteht[16]. Diese Gegen-

6 Vgl. l. 4 pr. D. de R. C. 12. 1. In dem von dieser Stelle behandelten Fall (Hinterlegung einer Geldsumme, damit der Empfänger sie im Fall des Bedürfnisses als Darlehn benutzen könne), soll der Empfänger sogar für Zufall haften.

7 L. 1 §. 35 D. h. t. Vgl. auch Seuff. Arch. V. 135.

8 L. 1 §. 6. 35 D. l. 1 C. h. t. Sogar Verhaftung für Zufall kann ohne Verletzung des Wesens des Vertrages vertragsmäßig übernommen werden, l. 7 §. 15 D. de pact. 2. 14. Verhaftung für Zufall, wenn derselbe erst in Folge arglistigen Verhaltens die Sache betroffen hat, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst (§. 375 Note 10). Vgl. l. 1 §. 25 D. h. t.

9 Ueber l. 1 §. 5 D. h. t. s. Unterholzner §. 661. a, Sintenis Anm. 18, Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 35. S. auch l. 1 §. 41 D. h. t.

10 L. 38 §. 10 D. de usur. 22. 1, l. 1 §. 24 l. 28 pr. D. h. t. Auch den Nutzen, welchen der Empfänger durch eigene Benutzung der hinterlegten Sache zieht, muß er herausgeben. L. 28 pr. D. l. 3. 4. C. h. t.

11 L. 11 i. pr. C. h. t., l. 1 §. 22. 45. 46 D. h. t.

12 S. g. depositum miserabile.

13 L. 1 § 1—4 l. 18 D. h. t, §. 17 I. de act. 4. 6. Vgl. §. 263 Note 9. 15. Vgl. noch Paul. S. R. II. 12 §. 11. „Ex causa depositi lege XII tabb. in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum“.

14 Inwiefern haftet aus gerichtlicher Hinterlegung der Staat? Seuff. Arch. II 159, III 127.

15 L. 23 l. 12 pr. D. h. t.

16 L. 61 §. 5 D. de furt. 47. 2.

ansprüche können aber nur durch Klage[17], nicht durch Retention geltend gemacht werden[18].

b. Besondere Fälle.

α. S. g. depositum irregulare*.

§. 379.

Bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen kann ausgemacht werden, daß der Empfänger Eigenthümer derselben werden, und nur verpflichtet sein solle, eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben[1]. In diesem Fall trägt der Empfänger die Gefahr des Hinterlegten, hat dafür aber auch den Vortheil des Gebrauchs, ohne daß jedoch Ausbedingung einer Zinsvergütung für diesen Vortheil ausgeschlossen ist[2]. Von dem Darlehn unterscheidet

17 Actio depositi contraria.

18 L. 11 C. h. t. Vgl. Coll. X. 2 §. 5 und Unterholzner §. 660. o, Sintenis Anm. 28.

* Neustetel in Neustetel und Zimmern römisch-rechtliche Untersuchungen S. 1 fg. (1821). Schaffrath praktische Abhandlungen S. 97 fg. (1841). A. C. J. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXX. 3 (1847). Heimbach Lehre vom Creditum S. 431 fg. (1849). Vangerow III §. 630 Anm. (6. Aufl. 1856). Endemann Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 58 fg. (1861). S. auch Brinz S. 439—441.

§. 379. 1 Die Neueren sprechen in diesem Fall von einem depositum irregulare. — Der bezeichnete Vertrag kann auch stillschweigend abgeschlossen werden. L. 31 D. loc. 19. 2: — „si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere". Vgl. l. 25 §. 1 D. h. t. Ueber l. 24 D. h. t. s. Vangerow S. 436—438.

2 L. 24 l. 26 §. 1 l. 28 D. h. t. Gewöhnlich freilich wird, wo Zinsen ausbedungen sind, der Intention der Parteien nach ein Darlehn, keine Hinterlegung, vorliegen. L. 24 §. 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 7 §. 2 D. h. t. Seuff. Arch. XVI. 211. — Die Behauptung (Neustetel S. 11, Vangerow S. 432, Endemann S. 59), daß der Empfänger auch ohne Versprechen Zinsen zahlen müsse, sobald er das empfangene Geld zu seinem Nutzen verwende, steht in Widerspruch mit l. 24 i. f. und l. 25 §. 1 D. h. t., und wird weder durch das Wesen des Geschäfts gerechtfertigt, eben weil der Empfänger hier die Gefahr übernimmt, noch durch l. 29 §. 1 D. h. t., in welcher Stelle mit Rücksicht auf l. 24 und l. 25 §. 1 citt. kein anderer Sinn gefunden werden darf, als der, daß in dem in der Stelle bezeichneten Fall immer noch die actio depositi begründet, und daher eine Condemnation auf Zinsen an und für sich zulässig sei. Vgl. Note 5 und 6, und s. auch Schmid S. 85 fg.

sich[3] ein solches Geschäft durch die Verschiedenheit seiner Intention[4], und es steht daher auch im Einzelnen unter dem Recht nicht des Darlehns-, sondern des Hinterlegungsvertrages[5]. Wenn ausgemacht wird, daß der Empfänger nach seinem Belieben entweder das Hinterlegte, oder eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückgeben könne, so liegt zunächst eine gewöhnliche Hinterlegung vor, die aber dadurch, daß der Empfänger das Hinterlegte als das Seinige zu behandeln anfängt, zu dem hier beschriebenen Geschäft wird[6].[7]

---

[3] Daß zwischen dem depositum irregulare und dem Darlehn ein Unterschied bestehe, ist nicht unbestritten. S. Vangerow S. 431. Endemann S. 61 erklärt es sogar — freilich sehr mit Unrecht — für die gemeine Meinung, „daß beide Geschäfte in allen wesentlichen Punkten der rechtlichen Beurtheilung identisch sind".

[4] Das Darlehn wird gegeben im Interesse des Empfängers, oder möglicherweise — beim verzinslichen Darlehn — im Interesse beider Parteien; hinterlegt wird im Interesse des Hingebenden.

[5] Für die Römer war von besonderer Wichtigkeit, daß die actio depositi als actio bonae fidei Verurtheilung auf Zinsen aus formlosem Vertrag und aus Verzug zuließ. L. 24 C. h. t., l. 25 §. 1 l. 26 §. 1 l. 28 l. 29 §. 1 D. h. t. Sodann infamirte die actio depositi, l. 1 D. de his qui not. 3. 2. Auch für das heutige Recht noch kommen folgende Punkte in Betracht. a) Der Anspruch aus der Hinterlegung unterliegt nicht der Compensation (§. 350 Note 24). b) Er unterliegt nicht der exceptio non numeratae pecuniae (§. 372 Note 14). c) Er genießt ein Concursprivilegium (§. 271 Note 11 und 12).

[6] Vorher also trägt der Empfänger nicht die Gefahr des Empfangenen. Mit Unrecht sieht Brinz a. a. O. in diesem Fall den eigentlichen Fall des depositum irregulare, in dem Nichtübergang der Gefahr auf den Empfänger das eigentlich Characteristische dieses Geschäfts dem Darlehn gegenüber. — Von dem genannten Fall ist wohl zu verstehen l. 24 § 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5; vielleicht auch l. 29 §. 1 D. h. t („Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius pecuniae praestare mihi cogitur"), obgleich es doch näher liegt, die Erlaubniß, von welcher diese letztere Stelle redet, als später gegebene Erlaubniß aufzufassen. Uebrigens wird diese Stelle sehr verschieden erklärt; s. darüber Vangerow S. 435, Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 117—119. — Die Erlaubniß, von dem deponirten Gelde Gebrauch zu machen, kann auch in der Absicht ertheilt werden, um dem Empfänger ein Darlehn zu verschaffen, sowohl sogleich bei der Deponirung (l. 4 pr. l. 10 D. de R. C. 12. 1, l. 1 §. 34 D. h. t.), als hinterher (l. 9 §. 9 D. de R. C. 12, 1, Paul. S. R. II. 12 §. 9). Im ersten dieser Fälle trägt der Empfänger nach l. 4 pr. cit. sogleich die Gefahr.

[7] Zu dem im Vorstehenden Gesagten vgl. noch Thöl Handelsr. I §. 111

β. Sequestration*.

§. 380.

Eine besondere Anwendung der Hinterlegung ist ferner die, wo die Hinterlegung von Mehreren zu dem Ende gemacht wird, um die hinterlegte Sache einstweilen der Verfügung Aller zu entziehen[1]; man nennt das Sequestration[2]. Darüber, wann und an wen die Sache zurückzugeben sei, entscheidet die Bestimmung des Vertrages[3]. Im Uebrigen gelten für diesen Fall der Hinterlegung besondere Bestimmungen nicht[4]. Es kann aber sehr wohl sein, daß der Vertrag, durch welchen die Sache dem Dritten übergeben wird, kein Hinterlegungsvertrag ist, sondern ein Auftrags- oder Miethvertrag[5]; die Bezeichnung Sequestration wird auch in diesem Falle gebraucht.

(S. 588 unt.). „Der Kaufmann gibt keine Darlehen, aber er nimmt sie, als Schuldner. Das Capital heißt dann Depositengeld, die Rechnung conto a deposito; der Name ändert aber das gewollte Darlehn nicht". Dazu in Note *: „Mit einem Kaufmanne, namentlich Banquier, kann auch ein irreguläres Depositum abgeschlossen werden. Im Zweifel, ob das Geschäft ein solches oder ein Darlehn sei, ist das letztere anzunehmen". Dagegen Endemann S. 64. „Das handelsrechtliche Irregulardepositum ist einfach ein Darlehn, aber ein Darlehn ohne den sonst darin enthaltenen Creditverkauf".

§. 380. * Vgl. Muther Sequestration und Arrest im römischen Recht S. 35 fg. (1856). (Dieses Werk, welches als Vorarbeit zur Darstellung des gemeinrechtlichen Arrestprozesses dienen soll, faßt die Sequestration vorzugsweise in ihrer processualischen Bedeutung ins Auge).

[1] Der Hauptfall ist der, wo Jeder auf die Sache Anspruch erhebt, l. 17 D. h. t., l. 110 D. de V. S. 50. 16, l. 11 §. 2 D. de recept 4. 8. Aber dieser Fall ist nicht der einzige; z. B. es handelt sich von einer Erbschaftsurkunde bei Mehrheit der Erben, l. 5 D. fam. herc. 10. 2, l. 5 C. comm. utr. iud. 3. 8. S. auch l. 5. 6 C. h. t., l. 22 §. 8 D. sol. matr. 24. 3. Muther S. 195—222. Seuff. Arch. V. 277, IX. 275. Die nöthige Allgemeinheit hat die Definition in l. 6 D. h. t. „Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus certa conditione custodiendum reddendumque traditur".

[2] Sequester kommt her von secus, wie equester von equus, silvester von silva etc. (vgl. sequius = secius), und bedeutet Jemanden, der zur Seite, nicht auf der einen oder der anderen Seite, steht, daher den Unparteiischen (und in weiterer Entwicklung den Mittler, Vermittler, Versöhner, Zwischenhändler, Kuppler). Vgl. Muther S. 3 fg.

[3] L. 6 D. h. t. (Note 1): — „certa conditione". L. 5. 6 C. h. t.

[4] Vgl. l. 5 l. 12 §. 2 D. h. t.

[5] Vgl. l. 9 §. 3 D. de dolo 4. 3.

Die Sequestration kann freiwillig oder auf Befehl des Richters geschehen. Sie kann auch durch den Richter selbst geschehen [6].

4. Die Verpfändung*.

a. Begriff.

§. 381.

Unter Verpfändung ist hier zunächst zu verstehen Hingabe einer Sache zum Faustpfand. Durch die Annahme der Sache von Seiten des Gläubigers kommt zwischen ihm und dem Hingebenden ein Vertrag zu Stande [1], welcher, wie der Leih- und Hinterlegungsvertrag, beiden Parteien Verbindlichkeiten auferlegt. Dabei ist es gleichgültig, ob durch die Hingabe der Sache ein gültiges Pfandrecht begründet worden ist, oder nicht [2]. Für den Fall, wo eine eigene Sache des Empfängers zu Pfand gegeben worden ist, gilt das Gleiche, wie bei Leihe und Hinterlegung (§. 374 Nr. 1 a. E., §. 377 a. E.) [3]. — In seiner späteren Entwicklung hat aber das römische Recht der Hingabe der Sache zum Faustpfand die Verpfändung durch bloße Beredung gleichgestellt; es läßt aus ihr, so weit die Verhältnisse die gleichen sind, die nämlichen Verpflichtungen entstehen, wie aus dem Faustpfandvertrag [4]. —

---

[6] Vgl. z. B. l. 5 C. quor. appell. 7. 65.

* Dig. 13. 7 de pigneraticia actione vel contra. Cod. 4. 24 de pigneraticia actione. — Dernburg das Pfandrecht I §. 16—19 (1860). Stölzel Arch. f. civ. Pr. XLV. 11 (1862). A. Schmid die Grundlehren der Cession I §. 12 (1863). Glück XIV S. 1—177; Unterholzner II S. 849 fg., Sintenis I S. 621—624. §. 381.

[1] Der Pfandvertrag ist ein Realvertrag. L. 1 §. 6 D. de O. et A. 44. 7, §. 4 I. quib. mod. re 3. 14.

[2] Vgl. z. B. l. 9 §. 4 l. 11 §. 2 D. h. t., l. 9 pr. l. 32 D. h. t.

[3] L. 45 pr. de R. I. 50. 17, l. 20 §. 3 l. 29 D. h. t.

[4] Vgl. z. B. l. 7 pr. D. de distr. pign. 20. 5, l. 4. 7 C. h. t. Dernburg S. 140. Scheurl krit. VJSchr. IV S. 44 (vgl. Brinz S. 315) sucht die Vermittelung dieser Ausdehnung darin, daß auch in der Verpfändung durch bloße Beredung eine Leistung an den Schuldner liege, die Verschaffung des dinglichen Pfandrechts, weßwegen auch sie Realvertrag sei. Diese Auffassung würde zu der Consequenz führen, daß die Verpfändung ohne Besitzübergabe zwischen den Parteien auch nur dann obligatorische Verpflichtungen

Ja auch auf den Fall, wo ein Pfandverhältniß gar nicht durch Vertrag, sondern durch Gesetz oder richterliche Verfügung begründet worden ist, sind die Grundsätze vom Faustpfandvertrag analogisch angewendet worden [5]. [6]

b. Verpflichtungen.

§. 382.

Die Verpflichtungen aus der Verpfändung sind nach der Intention des Geschäfts durch das Ermessen des Richters für jeden einzelnen Fall zu bestimmen [1]. Die Hauptpunkte [1a] sind folgende.

1. Die Hauptverbindlichkeit aus der Verpfändung ist die des Empfängers [2]. Dieselbe geht vor Allem auf Rückgabe der

erzeuge, wenn sie wirklich ein dingliches Pfandrecht begründe. Stölzel a. a. O. nimmt, wie es scheint, keine spätere Entwickelung an, sondern hält es für das ursprüngliche Recht, daß die Verpfändung als solche die actiones pigneraticiae begründe. Aber woher hätte das ältere römische Recht eine actio nehmen sollen, da weder Real- noch Consensualvertrag, weder Verbal- noch Literalvertrag vorlag? Schmid a. a. O. (namentlich S. 74 S. 81 fg.) leugnet es ganz, daß der Pfandvertrag jemals für die Römer aufgehört habe, Realvertrag zu sein.

5 L. 11 §. 5 D. h. t., l. 34 D. de damno inf. 39. 2, l. 5 § 21 D. ut in poss. leg. 37. 4. In der letzten Stelle ist von einer utilis actio exemplo pigneraticiae actionis die Rede, in den beiden ersten von pigneraticia actio schlechthin. Dieß letztere erklärt sich daraus, daß in dem Fall, von welchem die genannten Stellen handeln (Pfandrecht des Vermiethers an dem Eingebrachten), die Vorstellung der tacita pignoris conventio über die Schwierigkeit hinweghalf.

6 Das im Text bezeichnete Verhältniß macht es schwierig, der Lehre von den obligatorischen Verpflichtungen aus der Verpfändung ihren Platz im System anzuweisen. Will man sie nicht, wie das Dernburg und Sintenis thun, in die Lehre vom dinglichen Pfandrecht stellen, was doch auch sein Mißliches hat, so scheint es mir immer noch am zweckmäßigsten, dieser Lehre ihren hergebrachten Platz unter den Realverträgen zu lassen.

§. 382. 1 Die actio pigneraticia ist bonae fidei actio, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 6 C. h. t., l. 36 D. de pec. 15. 1.

1a Ueber l. 43 pr. D. h. t. s. Unterholzner S. 864 Note s, Dernburg S. 152, Schmid S. 86.

2 Auf sie geht die actio pigneraticia directa.

Pfandsache[3], nach Tilgung der Schuld[4] oder sonstigen Beendigung des Pfandrechts[5]. Ist die Verpfändung unter einer Bedingung oder Voraussetzung geschehen, so kann die Pfandsache zurückgefordert werden, sobald der Ausfall der Bedingung oder Voraussetzung feststeht[6]. Ist die Verpfändung irrigerweise für eine Nichtschuld gemacht worden, oder ist sie aus einem andern Grunde für den Verpfänder nicht bindend, so kann dieser sofort zurückfordern[7]. — Kann der Gläubiger die Pfandsache nicht zurückgeben oder kann er sie nur in verschlechtertem Zustande zurückgeben, so haftet er für Arglist und Nachlässigkeit, für Zufall nur dann, wenn es ausgemacht worden ist[8]. Hat der Pfandgläubiger von seinem Pfandrechte Gebrauch machend die Pfandsache verkauft, so haftet er nur auf Herausgabe des Ueberschusses[9]: aber auch auf Entschädigung, wenn er durch seine Schuld nicht den höchsten Preis erzielt hat[10]. — Mit der Pfandsache muß der Pfandgläubiger auch den von der Sache gezogenen Gewinn herausgeben[11]; hat er durch seine Schuld von der Pfandsache nicht

---

3 Mag die Pfandsache ihm sofort bei der Verpfändung übergeben worden, oder später in seinen Besitz gekommen sein.

4 L. 9 §. 3 l. 40 §. 2 D. l. 11 C. h. t. Ueber das Retentionsrecht, welches dem Gläubiger für den Fall zusteht, wo er noch andere Forderungen gegen den verpfändenden Schuldner hat, s. I §. 234 Note 1.

5 L. 9 §. 3. 5 l. 10 D. h. t. (vgl. l. 6 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6), l. 11 pr. — §. 2 D. h. t. Ueber den Fall des Verzugs des Gläubigers s. §. 346 Note 4.

6 L. 9 §. 2 D. h. t.

7 L. 25 D. de pign. 20. 1; vgl. l. 32 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1. S. auf der anderen Seite l. 9 §. 4 l. 22 §. 2 D. h. t.

8 §. 4 I. quib. mod. re 3. 14, l. 13 § 1 l. 14 D. l. 5—9 C. h. t., l. 9 §. 5 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 19 C. de pign. 8. 14. In Betreff von l. 18 pr. i. f. D. comm. s. §. 375 Note 9. S. noch l. 15 l. 24 §. 3 l. 30 l. 43 §. 1 D. h. t., l. 34 D. de damno inf. 39. 2, l. 14 §. 16 D. de furt. 47. 2. Jedenfalls muß der Gläubiger herausgeben, was er statt der Pfandsache in Händen hat, §. 264 Note 6. So auch wenn er die Pfandsache nie besessen hat, l. 21 §. 3 D. de pign. 20. 1.

9 L. 42 l. 6 §. 1 l. 7 l. 24 §. 2 D. h. t., l. 20 C. de distr. pign. 8. 28.

10 S. I §. 237 Note 12; hinzuzufügen: l. 22 §. 4 D. h. t. l., 3 §. 5 C. de iure dom. imp. 8. 34.

11 L. 22 §. 2 l. 6 §. 1 D. l. 1 C. h. t. Er kann sich jedoch diesen Gewinn vorher auf seine Forderung anrechnen, und gemäß der Regel (§. 327 Note 7) braucht er überhaupt nur denjenigen Gewinn herauszugeben, welchen

den Gewinn gezogen, welchen sie ihrer Natur nach zu bringen im Stande war, so haftet er auf Ersatz[12].

2. Möglicherweise kann aus der Verpfändung auch eine Verpflichtung des Verpfänders zu Gunsten des Pfandgläubigers hervorgehen, welche dieser durch besondere Klage[13], oder auch, so weit die Sachlage es gestattet, retentionsweise (§. 351) geltend machen kann. So ist der Verpfänder namentlich verpflichtet zum Ersatz von Verwendungen, welche der Pfandgläubiger auf die Pfandsache gemacht hat, vorausgesetzt, daß dieselben nothwendig waren, oder sonst im Interesse des Verpfänders lagen[14]; zur Abnahme der Verpflichtungen, welche der Pfandgläubiger im Interesse der Erzielung eines angemessenen Pfandverkaufes übernommen hat[15]; zum Ersatz des Schadens, welchen die Pfandsache in Folge seiner Arglist oder seiner Nachlässigkeit dem Pfandgläubiger verursacht hat[16]; zur Rückgabe der ihm einstweilen zum Besitze überlassenen Pfandsache, oder zur Herausgabe derselben, wenn er nicht von vorne herein in den Besitz gesetzt worden ist[17]; zur Hingabe einer

die zu leistende Sache selbst gewährt, nicht denjenigen, zu welchem sie bloß Veranlassung gegeben hat. So behält er namentlich die Finderhälfte von dem auf dem verpfändeten Grundstück gefundenen Schatz, l. 63 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1. L. 21 §. 2 D. de pign. 20. 1 erklärt sich aus dem §. 327 Note 5 bezeichneten Gesichtspunkt. S. noch l. 22 pr. i. f. §. 1 D. h. t., l. 74 D. de solut. 46. 3, l. 79 D. de furt. 47. 2 (l. 46 D. de R. I. 50. 17). Vgl. Dernburg S. 143 fg. — Gegen die Regel des §. 327 Note 12 muß der Pfandgläubiger den Ertrag der actio furti selbst dann herausgeben oder berechnen, wenn er für das furtum einzustehen hat, l. 22 pr. D. h. t., l. 15 pr. D. de furt. 47 2. S. darüber Ihering Abhandlungen S. 79. 74, Mommsen Erörterungen I S. 95, Dernburg S. 147 fg.

12 L. 3 C. h. t., l. 2 C. de partu pign. 8. 25. S. aber auch l. 6 §. 1 D. h. t.

13 Actio pigneraticia contraria.

14 L. 8 pr. D. l. 7 C. h. t., l. 6 C. de pign. 8. 14, l. 29 i. f. D. fam. herc. 10. 2; l. 25 D. h. t.

15 L. 22 §. 4 D. h. t.

16 Die Verhaftung für Nachlässigkeit folgt aus dem Principe, da man nicht sagen kann, daß „nulla utilitas versatur eius qui pignori dedit" (l. 5 §. 2 D. comm. 13. 6). S. §. 265 Note 12. Ueber l. 61 §. 3 D. de furt. 47. 2 s. Dernburg S. 162 und die daselbst Citirten.

17 L. 3 l. 22 §. 3 D. h. t. Dernburg S. 168.

anderen Pfandsache, wenn die hingegebene sich untauglich erweist oder nicht die zugesagten Eigenschaften hat[18].

5. Der Tröbelvertrag*.

§. 383.

Wenn Jemand einem Andern etwas zum Verkaufe übergibt[1], so kann das Geschäft, welches vorliegt, ein Auftrag sein[2], oder ein Miethvertrag[3], oder ein miethähnlicher Vertrag[3a], oder ein Gesellschaftsvertrag[4]; es kann aber auch sein, daß das Geschäft in keinen dieser Verträge aufgeht. Dieß ist namentlich[5] dann

---

18 L. 9 pr. l. 16 §. 1 l. 32 D. h. t., l. 6 C. si aliena res 8. 16, l. 1 §. 2 D. h. t., l. 54 D. de fidei. 46. 1.

* Dig. 19. 3 de aestimatoria. — Chambon Beiträge zum Obligationenrecht I S. 1—110 (1851). Brinz kritische Blätter Nr. 1 (1852). Glück XIX S. 61—75; Unterholzner II §. 488, Sintenis II §. 117. §. 383.

1 — „cum res vendenda . . datur", l. 1 pr. D. h. t.

2 Wenn der Verkauf im Interesse des Hingebenden geschehen soll, und der Empfänger für seine Bemühung nicht bezahlt wird. L. 1 pr. D. h. t. — „an mandati"? Hierher gehört auch die kaufmännische Verkaufscommission (Provision = Honorar). Vgl. Seuff. Arch. XI. 144.

3 Wenn eine Bezahlung für die Dienstleistung des Empfängers verabredet wird. Dabei ist noch der Unterschied möglich, daß als dasjenige, wofür der Empfänger die Bezahlung empfangen soll, entweder die Dienstleistung als solche gedacht wird (locatio conductio operarum), oder der zu Stande gebrachte Verkauf (locatio conductio operis). L. 1 pr. h. t.: — „an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor? an ex conducto, quasi operas conduxissem"? — Ein Miethvertrag ist deßwegen nicht weniger vorhanden, weil die Höhe der Bezahlung von dem Betrage des zu erzielenden Kaufpreises abhängig gemacht wird; nicht einmal das schadet, daß von der Höhe des zu erzielenden Kaufpreises abhängig gemacht wird, ob überhaupt eine Bezahlung erfolgen soll (§. 399 a. E.). Deßwegen wird auch dadurch ein Miethvertrag nicht ausgeschlossen, daß ausgemacht wird, daß der Empfänger behalten dürfe, was er über einen bezeichneten Betrag hinaus für die Sache erzielen werde.

3a Wenn die Gegenleistung des Hingebenden nicht in Geld besteht.

4 Der Eine schießt die Sache ein, der Andere seine Bemühung. L. 44 D. pro soc. 17. 2. „Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit, tu haberes, mihi videtur, *si animo contrahendae societatis id actum sit*, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis". Vgl. l. 13 D. de praescr. verb. 19. 5.

5 S. außerdem l. 11 pr. D. de R. C. 12. 1. Es gibt Jemand einem Andern eine Sache, um sie zu verkaufen und den Kaufpreis als Darlehn zu

der Fall, wenn die Sache unter Fixirung eines bestimmten Preises mit der Bestimmung hingegeben wird, daß der Empfänger unter allen Umständen frei sein solle, wenn er diesen Preis zurückgebe[6]. In diesem Falle spricht man von einem Trödelvertrag[7]. Die Verpflichtungen aus dem Trödelvertrag stehen unter freiem richterlichen Ermessen[8]. Vor Allem ist der Empfänger verpflichtet, entweder die Sache zurückzugeben, oder den bedungenen Preis[9]; jedoch ist er in dem Falle, wo das Geschäft nicht in seinem Interesse abgeschlossen worden ist, von aller Verpflichtung frei, wenn ihm die Rückgabe der Sache ohne seine Schuld unmöglich geworden ist, wobei er aber für alle Nachlässigkeit einsteht[10]. Ob der Empfänger verpflichtet ist, sich um einen günstigen Verkauf zu bemühen, und Schadensersatz zu leisten, wenn er in dieser Beziehung etwas versieht, hängt von dem Sinn des Geschäfts ab; im Zweifel wird allerdings anzunehmen sein, daß die Parteien diese Verpflichtung gewollt haben, es müßte denn

behalten. Der Vertrag ist nicht Auftrag, weil der Empfänger nur das Recht zum Verkauf erhalten, nicht zum Verkauf verpflichtet werden soll.

6 In diesem Fall braucht der Empfänger gar nicht zu verkaufen; er kann die Sache sogleich für sich behalten. Dieß hat l. 1 pr. D. h. t. im Auge, wenn sie fragt: „utrum ex vendito sit actio propter aestimationem"?

7 S. g. contractus aestimatorius. Die Quellen sprechen nur von actio aestimatoria. Sie ist actio praescriptis verbis. Ueber den Gegensatz dieses Vertrages zu anderen Verträgen vgl. zu dem im Vorhergehenden Gesagten: Chambon S. 9 fg. S. 92 fg., Brinz S. 1 fg., Sintenis Anm. 3. Ob Real- oder Consensualvertrag? Brinz S. 18 fg., Chambon S. 42 fg., Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 18 fg.

8 Die actio aestimatoria ist actio bonae fidei. L. 1 pr. h. t., §. 28 I. de act. 4. 6.

9 Ist eine Frist bestimmt, binnen welcher die Sache zurückgegeben werden soll, so darf der Empfänger nach Ablauf derselben nur noch den Preis leisten. Seuff. Arch. XI. 144.

10 L. 1 §. 1 h. t. sagt schlechthin: „Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit; aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit". Dagegen l. 17 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5: — „si quidem ego te venditor (vgl. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 285) rogavi, meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes". Uebereinstimmend Paul. S. R. II. 4 §. 4; vgl. auch l. 11 pr. l. 4 pr. D. de R. C. 12. 1. Ueber die verschiedenen Meinungen s. Chambon S. 57 fg., Brinz S. 37 fg., Mommsen Beiträge I S. 280. 281, Sintenis S. 643.

die Hingabe zum Verkauf lediglich im Interesse des Empfängers geschehen sein [11]. Sofortiger Eigenthumsübergang auf den Empfänger darf im Zweifel nicht als gewollt angenommen werden [12]. Daß neben dem Vortheil, welchen der Empfänger durch Verkauf um höheren Preis zu erzielen hofft, noch ein besonderer Lohn festgesetzt ist, welchen er jedenfalls erhalten soll, ändert an der Natur des Geschäfts nichts [13].

6. Uebernahme von Sachen durch Schiffer, Gast- und Stallwirthe*.

§. 384.

Schiffer [1], Gast- und Stallwirthe [2] haften für die Sachen, welche sie in Ausübung ihres Gewerbes [3] bei sich aufnehmen [4],

---

11 Vgl. Brinz S. 9.

12 Vgl. l. 5 §. 18 D. de trib. act. 14. 4. Chambon S. 68 fg., Brinz S. 34 fg., Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 239—254. Vgl. auch Wolff Arch. f. pract. RW. N. F. II. 13.

13 L. 2 D. h. t. „Haec actio utilis est et si merces intervenit". Vgl. Brinz S. 6 fg.

* S. g. receptum nautae cauponis stabularii. Dig. 4. 9 nautae caupones stabularii ut recepta restituant. — C. F. Müller über die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten S. 1—38 (2. Aufl. 1857). Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. III. 3. 6 (1860). Harder Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. 14 (1861). Glück VI S. 106—144; Unterholzner II §. 694. 695, Sintenis II §. 120, Holzschuher III §. 302. §. 384.

1 Unter „Schiffer" wird hier derjenige verstanden, welcher für eigene Rechnung mit einem Schiffe die Frachtschifffahrt betreibt. L. 1 §. 2 h. t. „Nautam accipere debemus eum qui navem exercet". L. 1 §. 15 D. de exerc. 14. 1. „Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxit, vel ad tempus vel in perpetuum". Auch Floßschiffer gehören hierher, l. 1 §. 4 D. h. t. (Ueber die lintrarii dieser Stelle s. Brissonius s. v. lyntrarii).

2 L. 1 §. 5 l. 5 pr. h. t. Vgl. Harder S. 227.

3 L. 3 §. 2 h. t. Seuff. Arch. XVII. 42, vgl. II. 293. Vgl. übrigens Kuntze zu Holzschuher a. a. O. Nr. 1[a].

4 L. 1 pr. h. t. „NAUTAE CAUPONES STABULARII QUOD CUIUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT NISI RESTITUANT, IN EOS IUDICIUM DABO". Das „salvum fore recipere" hat vielleicht ursprünglich eine ausdrückliche Garantieübernahme bezeichnet, ist aber jedenfalls später von einfacher factischer Uebernahme verstanden

mit besonderer Strenge[5]. Sie stehen nämlich nicht bloß für Nachlässigkeit ein, sondern außerdem für jeden Verlust und jede Beschädigung, welche durch eine specielle Beaufsichtigung der Sachen hätten vermieden werden können; unterlassen sie dieselbe, so thun sie das auf eigene Gefahr[6]. Im Uebrigen kann der mit

---

worden. L. 1 §. 6. 8 D. h. t. Goldschmidt S. 97 fg. Spezielle Ueberweisung an den Schiffer ꝛc. ist nicht erforderlich; es genügt, daß die Sachen mit Wissen des Schiffers ꝛc. oder der zu seiner Vertretung Befugten in das Schiff ꝛc. gebracht worden seien. L. 1 §. 8 §. 2. 3. 6 h. t. Vgl. übrigens Seuff. Arch. VII 40, ferner Sintenis Anm. 8 und Text dazu. Von der anderen Seite ist, wenn eine spezielle Ueberweisung stattgefunden hat, nicht erforderlich, daß die Sachen in den betreffenden Raum eingebracht worden seien, l. 3 pr. h. t. Seuff. Arch. I. 167. — Mehrfach wird behauptet, daß die strengere Haftung des Schiffers sich bloß auf die von einem mitreisenden Fahrgast eingebrachten Sachen beziehe, nicht aber auf Waaren, welche allein verschickt werden, so noch zuletzt von Harder S. 222 fg., Seuff. Arch. XIII. 251; dagegen Müller S. 10, Goldschmidt S. 62. Weder die Fassung des praetorischen Edicts (s. ob.), noch die demselben von der römischen Jurisprudenz gegebene Interpretation schließt den letzteren Fall aus.

[5] Nach einer Vorschrift des praetorischen Edicts, l. 1 pr. h. t. (Note 4). L. 1 §. 1 eod. „Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque, eorum fidem sequi, et res custodiae eorum committere. Ne (neve) quisquam putet, graviter hoc adversus eos constitutum; nam est in eorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coëundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus“. L. 3 §. 1 eod.: — „ut innotesceret, praetorem curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum“. Aus l. 1 §. 1 cit. zu schließen, wie Harder S. 229 thut, daß die praetorische Vorschrift keine Anwendung finde, wo die Aufnahme obligatorisch sei, ist nicht gerechtfertigt. Man hat auch wohl die römische Vorschrift für heutzutage überhaupt unanwendbar erklären wollen, weil der in den vorstehenden Stellen den genannten Personen gemachte Vorwurf der Schlechtigkeit (vgl. Goldschmidt S. 355 Anm. 155) heutzutage nicht mehr zutreffend sei. S. darüber Goldschmidt S. 340 fg. — Ueber den scheinbaren oder wirklichen, jedenfalls das Civilrecht nicht berührenden, Widerspruch zwischen l. 1 §. 1 cit. und l. 1 §. 6 D. furti adv. nautas 47. 5 s. namentlich Vangerow III §. 648 Anm. 1, wo auch die Literatur angegeben ist. Vangerow's Erklärung scheint Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. 7 unbekannt geblieben zu sein.

[6] Das Edict (Note 4) sprach unbedingte Haftverbindlichkeit des Aufnehmenden aus; jede Beschränkung derselben muß also auf dem Wege der exceptio geltend gemacht werden, l. 3 §. 1 i. f. h. t. Die Beschränkung der unbedingten Haftverbindlichkeit des Uebernehmenden wird nun in unseren Quellen näher dahin bestimmt, daß derselbe nicht für „damnum fatale“, „vis maior“, hafte, l.

ihnen abgeschlossene Vertrag einen sehr verschiedenen Inhalt haben; namentlich ist es nicht nothwendig, daß dem Uebernehmenden ein Entgelt versprochen worden sei [7]. Die strenge Verhaftung

---

3 § 1 cit. Wie unterscheidet sich aber hiernach seine Verhaftung von einer Verhaftung, welche über culpa nicht hinausgeht, während es doch ausdrücklich heißt (l. 3 § 1 cit.): „omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est"? Auf die Lösung des „Räthsels" (Goldschmidt S. 93) führt die Erwägung, daß von dem Uebernehmenden in den Quellen abwechselnd gesagt wird, er trage das periculum rei, und er hafte für custodia oder trage das periculum custodiae (l. 1 §. 8 l. 4 pr. l. 5 pr. D. h. t., l. 14 §. 17 D. de furt. 47. 2, l. 1 §. 4 D. furti adv. nautas 47. 5). Custodia aber bezeichnet nicht bloß diligentia in custodiendo (§. 265 Note 2); sondern auch eine, an und für sich über die Pflichten eines ordentlichen Mannes hinausgehende, specielle Beaufsichtigung und Bewachung, namentlich da, wo ausdrücklich custodia übernommen worden ist (vgl. Vangerow I S. 161). Dafür beweisen l. 55 pr. D. loc. 19. 2 (vgl. l. 60 §. 6 eod. vv. *recipere suo periculo*), §. 3 I. de emt. et vend. 3. 23 (wo, nebenbei gesagt, das vielbesprochene: idem et in ceteris animalibus cet. ohne alle Schwierigkeit ist, wenn man nur festhält, daß diese Worte einen Fall voraussetzen, wo dem Schuldner die Sache ohne seine culpa abhanden gekommen ist). Der Uebernehmende wird also behandelt, wie Jemand, der spezielle custodia ausdrücklich versprochen hat, und diese Gleichstellung findet sich auch wirklich in l. 14 §. 17 i. f. D. de furt. 47. 2. Der Uebernehmende haftet daher unbedingt für Entwendung und Beschädigung nicht bloß seiner Dienstleute und der Passagiere (l. 1 §. 8 l. 2 l. 3 pr. h. t.), sondern auch dritter Personen (vgl. l. 5 §. 1 h. t.), vorausgesetzt daß die Entwendung oder Beschädigung nicht mit einer Gewalt ausgeführt worden ist, welche sich auch durch eine spezielle Beaufsichtigung nicht würde haben abwenden lassen (l. 31 pr. D. de A. E. V. 19. 1: — „custodia adversus vim parum proficit", l. 41 D. loc. 19. 2: — „sive custodiri potuit, ne damnum daretur"). Im Wesentlichen übereinstimmend Goldschmidt S. 93 fg. S. 113 fg. S. 369; über die verschiedenen Ansichten s. Goldschmidt S. 79 fg. Seuff. Arch. II. 49. 180, IV. 113. 114, VIII. 48, XIII. 54 (225), XVIII. 43. HGB. Art. 395. 607 (Note 9).

[7] L. 3 §. 1 l. 6 pr. D. h. t. Der mit dem Uebernehmenden abgeschlossene Vertrag kann nach seinem sonstigen Inhalt sein: Miethvertrag (l. 3 §. 1 cit.), unbenannter Vertrag (wenn die Gegenleistung des Einbringenden nicht in Geld besteht), Hinterlegung (l. 3 §. 1 cit.), Auftrag. Daraus ergibt sich eine Schwierigkeit für die Einordnung der Lehre vom receptum in's System. Es bietet sich eine doppelte Möglichkeit der Auffassung dar. Man kann sagen, der Inhalt der Lehre vom receptum sei nichts als eine gesetzliche Modification der in den vorgedachten Verträgen übernommenen Vertragspflicht. Hiernach wäre diese Lehre bei einem dieser Verträge (am Passendsten bei dem hier ohne Zweifel am häufigsten Platz greifenden Miethvertrag) vorzutragen, und bei den übrigen

des Uebernehmenden kann durch Vertrag der Parteien ausgeschlossen werden [8].

Die für das heutige Recht vielfach behauptete Ausdehnung der vorstehenden Bestimmungen auf den Landtransport läßt sich nicht rechtfertigen [9].

7. Andere Verträge auf Rückgabe.

§. 384[a].

Die im Vorstehenden erwähnten Verträge auf Rückgabe sind nicht die einzig möglichen. Es kann noch zu allerlei anderen Zwecken etwas hingegeben werden, mit der Auflage, es zurückzu-

---

Verträgen auf sie zu verweisen. Man kann aber auch sagen, der Uebernehmende contrahire durch die Uebernahme selbst eine Verbindlichkeit mit gewissem, gesetzlich normirtem Inhalt; im Uebrigen komme es auf die näheren Bestimmungen des Vertrags an, wozu er verpflichtet sei. Nach dieser Auffassung läßt sich das receptum, wie hier geschehen, unter die Realverträge stellen. Vgl. Müller S. 14, Goldschmidt S. 63 fg. S. 103 Anm. 79, Sintenis Anm. 1.

8 Ein solcher Vertrag ist auch dann vorhanden, wenn der Uebernehmende im Voraus eine allgemeine öffentliche Erklärung über das Maß der Verhaftung, welche er auf sich zu nehmen gewillt sei, abgegeben hat, und der Einbringende seine Sachen in Kenntniß dieser Erklärung eingebracht, oder die eingebrachten nach erlangter Kenntniß nicht zurückgenommen hat. Vgl. l. 7 pr. h. t., welche Stelle allerdings unmittelbar nur von dem Strafanspruch gegen den Schiffer ꝛc. aus den Delicten seiner Leute handelt (Dig. 47. 5 furti adversus nautas caupones stabularios, s. §. 454 Nr. 5). Goldschmidt S. 331—339, Holzschuher a. a. O. Nr. 11. Seuff. Arch. X. 162. — Hört die strenge Verhaftung des Gastwirths mit der Abreise des Reisenden auf? Arch. f. pr. RW. N. F. II S. 116 fg.

9 S. über diese vielbesprochene Frage Goldschmidt S. 352 fg., Müller S. 39 fg., und die von diesen Schriftstellern verzeichnete Literatur (Holzschuher III a. a. O.). — Das HGB. stellt (Art. 390) den Wasser- und Landtransport (mit Einschluß der Eisenbahnen und Posten, Art. 421) gleich, und bestimmt für denselben (Art. 395. 607), daß der Frachtführer für jeden Verlust und jede Beschädigung hafte, sofern er nicht beweise, „daß der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis major) oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage u. dgl., oder durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist“. Art. 400. „Der Frachtführer haftet für seine Leute, und für andere Personen, deren er sich bei Ausführung des von ihm übernommenen

geben[1]. Alle diese Verträge stehen unter freiem richterlichen Ermessen, welches die Verpflichtungen der Parteien für den einzelnen Fall aus den getroffenen Verabredungen und aus der Intention des Geschäfts zu bestimmen hat[2]. Was insbesondere die Frage nach der Verhaftung für Nachlässigkeit angeht, so ist die Regel auch hier die, daß nur derjenige für Nachlässigkeit nicht zu haften hat, welcher bei dem Geschäfte ohne alles eigene Interesse ist[3].

D. Verträge auf Umsatz.

1. Der Kauf*.

a. Begriff.

§. 385.

Der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag (§. 321). Er ist gerichtet auf Umsatz einer Sache gegen Geld. Verkaufen heißt: erklären, daß ein Anderer eine Sache haben und dafür Geld bezahlen solle; kaufen heißt: erklären, daß man Geld bezahlen und dafür eine Sache erhalten wolle. Der uns geläufige Ausdruck

Transportes bedient". Diese Bestimmungen können, was Eisenbahnen betrifft, durch Vertrag nicht abgeändert werden (Art. 423).

[1] Beispiele in l. 1 §. 2 l. 17 §. 2. 4. 5 l. 20 l. 23 D. de praescr. verb. 19. 5; l. 8 l. 26 eod. S. auch §. 368 Note 13, §. 369 Note 3. §. 384 a.

[2] Die Römer lassen aus diesen Verträgen eine actio praescriptis verbis entstehen, und die actio praescriptis verbis ist bonae fidei actio. Vgl. l. 2 §. 2 D. de prec. 43. 26, l. 1 pr. D. de aest. 19. 3. Zwar ist dieß nicht unbestritten (wegen §. 28 I. de act. 4. 6, Puchta Instit. II §. 165. kkk, Rudorff röm. RGesch. II S. 151 Note 23); aber s. Savigny Syst. V S. 485. f, Keller röm. Civilproz. §. 42 Note 480.

[3] L. 17 §. 2 D. de praescr. verb. 19. 5. — „si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandum esse dico, propter utilitatem, periculum non; si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit".

* Inst. 3. 23 de emtione et venditione. Aus den Pandekten sind die Haupttitel: 18. 1 de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt, — 19. 1 de actionibus emti et venditi; aus dem Codex: 4. 38 de contrahenda emtione et venditione, — 4. 49 de actionibus emti et venditi; ferner die bei §. 391 und 393 citirten Titel. — Treitschke der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel, nach römischem Recht und den wichtigsten neueren

bezeichnet das Geschäft nur von der einen Seite; die Römer pflegen sich genauer auszudrücken[1].

Verkauft werden können alle Sachen, welche dem Verkehr nicht entzogen sind[2], bewegliche wie unbewegliche[3], körperliche und unkörperliche[4], gegenwärtige und zukünftige[5], nicht bloß eigene,

---

Gesetzgebungen, (1838, 2. Aufl. 1866). Kritz Pandektenrecht Th. 1 Bd. 3 (1844). Thöl Handelsrecht I §. 63 fg. Glück XVI. XVII S. 1—240; Unterholzner II S. 217—298, Sintenis II S. 593—640.

§. 385. 1 Sie pflegen den Kauf als emtio et venditio zu bezeichnen. Doch ist auch bei ihnen dieser Sprachgebrauch kein constanter; sie wenden ohne besondere Schwierigkeit auch jeden einzelnen dieser beiden Ausdrücke zur Bezeichnung des ganzen Geschäfts an, vgl. z. B. l. 2 D. h. t. 18. 1. — Die Franzosen bezeichnen das Geschäft nicht, wie wir, von der Kaufs-, sondern von der Verkaufsseite (vente).

2 L. 34 §. 1 D. h. t. 18. 1. „Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit. Quas vero natura, vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est". S. aber auch §. 315 Note 5.

3 Die bewegliche Sache als Gegenstand des Kaufvertrages heißt merx. L. 66 D. de V. S. 50. 16. Der entsprechende deutsche Ausdruck „Waare" wird heutzutage mit vorzugsweiser Beziehung auf den kaufmännischen Kauf (Waarenhandel) gebraucht. Treitschke §. 1. — Kann auch baares Geld den Gegenstand eines Kaufgeschäfts bilden? Ich zweifele nicht. Geld kommt im Verkehr nicht bloß als Werthmesser, sondern auch als Waare in Betracht. Uebereinstimmend Heyer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV S. 42—45; a. M. Anthes das. XVIII S. 216—220, Vangerow III S. 442. Der erste dieser letzteren Schriftsteller geht, was ganz gewiß unrichtig ist, so weit, selbst in Betreff individuell bestimmter Geldstücke die Möglichkeit eines Kaufs zu leugnen.

4 Namentlich Dienstbarkeiten und andere dingliche Rechte, ferner Forderungen. Auch die Befreiung von einer dinglichen oder persönlichen Last kann den Gegenstand eines Kaufvertrages bilden.

5 Und zwar zukünftige noch in doppelter Weise, entweder so, daß kein Kaufvertrag zu Stande kommen soll, wenn die verkaufte Sache nicht zur Existenz gelangt (s. g. emtio venditio rei speratae, l. 8 pr. D. h. t. 18. 1), oder so, daß ein Kaufvertrag unter allen Umständen bestehen soll, in welchem Falle die Quellen von einer emtio spei oder aleae sprechen (l. 8 §. 1 eod., l. 11 §. 18 l. 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 D. de her. vel act. vend. 18. 4). In dem ersten Fall ist der Vertrag für beide Parteien ein bedingter, in dem letzten nur für den Verkäufer (§. 387 Note 1). S. auch l. 11. 12 D. de her. vel act. vend. 18. 4. Vgl. Vangerow III S. 443. 444. — Kauf einer erst anzufertigenden Sache: §. 401 a. E. — Ungeerntete Früchte sollen nach der Bestimmung der R. P. O. von 1577 Tit. 19 §. 3 nicht anders verkauft werden

sondern auch fremde[6]. Auch ein Vermögen kann verkauft werden[7]; ferner kann der bloße Besitz Gegenstand des Kaufes sein[8].

Daß die Gegenleistung des Käufers in Geld bestehe, ist dem Begriff des Kaufes wesentlich; besteht sie in etwas Anderem, so spricht man nicht von Kauf[9]. Jedoch thut es dem Begriff des Kaufes keinen Eintrag, daß der Geldleistung eine Leistung anderen Inhalts hinzugefügt wird[10], und wenn die Parteien ein Geschäft, bei welchem die Gegenleistung keine Geldleistung ist, ausdrücklich als Kauf bezeichnen, so finden immerhin die Grundsätze vom Kaufvertrag Anwendung[11].

b. Abschluß.

§. 386.

Der Kauf wird geschlossen[1] durch die erklärte Willenseinigung der Parteien; einer Form bedarf die Erklärung derselben

dürfen, als um ihren jetzigen Marktpreis, oder den Marktpreis, welchen sie 14 Tage nach der Ernte haben werden. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 24.

6 L. 28 D. h. t. 18. 1. „Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est; nam emtio est et venditio; sed res emtori auferri potest". Nur darf die Sache nicht eine eigene des Käufers sein; in diesem Falle liegt für den Verkäufer Unmöglichkeit der Leistung vor, und damit ist der ganze Vertrag nichtig (§. 321 Note 21). L. 16 pr. l. 18 pr. D. h. t. 18. 1, l. 4. 10 C. eod. 4. 38, l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17. S. aber auch Note 8. Ueber den Fall, wo die gekaufte Sache gestohlen ist, s. l. 34 §. 3 D. h. t. 18. 1 (vgl. §. 321 Note 22).

7 S. §. 397 a. E.

8 Auch der Besitz einer im Eigenthum des Käufers stehenden Sache. L. 34 §. 4 D. h. t. 18. 1.

9 §. 2 I. h. t., l. 1 §. 1 D. h. t. 18. 1, l. 6 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 C. de rer. perm. 4. 64.

10 L. 6 §. 1. 2 l. 21 §. 4 D. de A. E. V 19. 1, l. 79 D. h. t. 18. 1.

11 L. 1 C. de rer. perm. 4. 64, vgl. Gai. III. 141 i. f. Vgl. Leist Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII S. 361—366, Vangerow III S. 444, Thöl I §. 63 Note 2.

1 Auf den Abschluß des Kaufvertrages bezieht sich der Ausdruck: perfecta est emtio et venditio. Dieser Ausdruck bezeichnet jedoch nicht, wenigstens wo er im eigentlichen Sinne gebraucht wird, denjenigen Zustand, wo beide Parteien gebunden sind, sondern denjenigen, wo der Kauf in aller und jeder Beziehung vollendet ist, so daß der Käufer die Gefahr trägt. S. darüber §. 390 und Kuntze Zeitschr. f. RPfl. u. Verw. in Sachsen N. F. XI S. 224 fg. §. 386.

nicht[2]. Daß das Wort Kaufen oder Verkaufen beim Geschäft gebraucht worden sei, ist nicht nothwendig. Die Willenseinigung muß sich auf die wesentlichen Punkte des Geschäfts beziehen, also darauf, daß der Eine eine Sache und dafür der Andere Geld erhalten solle[3]; ist aber über Nebenpunkte verhandelt worden und darüber Dissens geblieben, so darf im Zweifel nicht angenommen werden, daß die Parteien trotz dieses Dissenses einen Vertrag haben schließen wollen[4]. In der Art und Weise der Bestimmung der Kaufsache und des Kaufpreises haben die Parteien vollkommen freie Hand[5]. Ist die Bestimmung der Kaufsache dem Verkäufer, oder die Bestimmung des Kaufpreises dem Käufer überlassen, so ist im Zweifel als Wille der Parteien anzunehmen, daß das billige Ermessen, nicht, daß die Willkür der bezeichneten Person entscheiden solle[6]. Aber auch wenn es feststeht, daß die

---

[2] L. 1 §. 2 l. 9 pr. D. h. t. 18. 1, pr. I. h. t. (§. 312 Note 12). Stillschweigender Abschluß des Kaufvertrags durch Behalten unbestellt zugesandter Waaren: Seuff. Arch. VIII. 36, XIII. 218. Vgl. auch das. XV. 219.

[3] Wenn §. 3 I. h. t. und l. 2 pr. D. loc. 19. 2 den Abschluß des Kaufvertrages von der Einigung über den Kaufpreis abhängig machen, so setzen sie natürlich Einigung über die Kaufsache voraus.

[4] L. 9 pr. D. h. t. 18. 1. „In venditionibus et emtionibus consensum debere intercedere palam est. Ceterum sive in ipsa emtione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio, emtio imperfecta est. Vgl. Seuff. Arch. XIII. 139.

[5] Alternative Bestimmung der Kaufsache: l. 25 pr. l. 34 §. 6 D. h. t. 18. 1. Soll ein Dritter die Kaufsache oder den Kaufpreis bestimmen, so hängt das Zustandekommen des Kaufvertrages davon ab, daß er eine Bestimmung wirklich treffe, l. 15 C. h. t. 4. 38, §. 1 I. h. t. S. auch l. 7 §. 1. 2 l. 37 D. h. t. 18. 1, und vgl. dazu Seuff. Arch. VII. 26, XII. 20, XVII. 30. Kann auch gekauft werden „um so viel als billig ist"? Dafür l. 16 §. 9 D. de pign. 20. 1, vgl. übrigens l. 25 pr. D. loc. 19. 2.

[6] L. 22 §. 1 D. de R. I. 50. 17. „Generaliter probandum est, ubicunque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse". Vgl. l. 7 pr. D. h. t., l. 6 l. 77. 79 D. pro soc. 17. 2, l. 24 pr. D. loc. 19. 2, l. 3 C. de dot. prom. 5. 11. Thon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X S. 207 fg. Bis die betreffende Bestimmung getroffen ist, ist das Geschäft negotium imperfectum (l. 35 §. 1 D. h. t. 18. 1), aber deßwegen nicht ungültig. A. M. Unterholzner S. 230 Note e und Thöl S. 403, welche behaupten, ein solcher Kauf sei für den Käufer unverbindlich. Sie berufen sich auf die citirte l. 35 §. 1 D. h. t., und auf l. 13 C. h. t. 4. 38, welche letztere Stelle nicht von billigem Ermessen

Parteien das Letztere gewollt haben, ist das Geschäft nicht ungültig [7]; nur ist für den Fall, wo Verkäufer oder Käufer von ihrer Willkür einen derartigen Gebrauch machen, daß ihre Leistung als Aequivalent der Gegenleistung gar nicht mehr in Betracht kommen kann, nicht Kauf, sondern Schenkung vorhanden. Ebenso ist Schenkung und nicht Kauf vorhanden, wenn die Erklärung, daß der Käufer eine Sache, oder die Erklärung, daß der Verkäufer für die Sache einen Preis erhalten solle, nicht ernstlich gemeint ist [8].

§. 387.

Der Kauf kann unter einer Bedingung abgeschlossen werden, einer aufschiebenden oder einer auflösenden. Es kann auch bloß

---

spricht, und nichts beweisen würde, wenn sie es thäte; s. die folgende Note. Vgl. noch Holzschuher III S. 20. 21. — Hierher gehört auch der Fall, wo eine Sache gekauft wird ohne vorherige Vereinbarung über den Kaufpreis; die Meinung der Parteien ist, der Verkäufer solle fordern dürfen; aber fordert er unbillig, so kann seine Forderung durch den Richter herabgesetzt werden. Den einmal geforderten Preis kann er hinterher nicht mehr erhöhen; durch die Stellung des Preises bringt er das Geschäft zur Vollendung. Thon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X. 7. Seuff. Arch. II. 166. 177. 284, IX. 339, XI. 233, XII. 19, XVI. 41. Die Römer gewährten übrigens in einem solchen Falle dem Verkäufer nur actio praescriptis verbis auf Grund seiner Lieferung, vgl. l. 22 D. de praescr. verb. 19. 5, §. 1 I. de loc. et cond. 3. 24. — Bei Handelsgeschäften ist anzunehmen, daß die Parteien nicht einen von dem Verkäufer zu bestimmenden, sondern den Marktpreis gewollt haben. Thöl S. 403 Note 3 S. 404 fg.

[7] Wer sich anheischig machen kann für ein Garnichts zu leisten, kann sich auch anheischig machen, für ein vom Gegner zu bestimmendes x zu leisten. Nicht entgegensteht l. 13 C. h. t. 4. 38. „In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est“. Diese Stelle braucht nicht davon verstanden zu werden, daß keiner der Contrahenten gebunden sei; der Plural „contrahentes“ will sagen: Verkäufer bez. Käufer. Vgl. übrigens auch Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 278 (dawider Arndts §. 300 Anm. 3). S. noch §. 309 Note 12 (Versteigerung mit sofortiger Gebundenheit des Versteigerers).

[8] L. 36. 38 D. h. t. 18. 1, l. 3. 9 C. eod. 4. 38. Hierher gehört auch der Fall, wo das, was der Eine erhalten soll, als Aequivalent für die von ihm zu machende Leistung gar nicht angesehen werden kann (venditio nummo uno). Anders, wenn es nur dem Werthe seiner Leistung nicht gleichkommt; in diesem Fall ist das Geschäft Kauf, trägt aber zugleich eine Schenkung in sich (§. 365 Note 3).

die Verpflichtung des Verkäufers, oder bloß die Verpflichtung des Käufers[1] von einer Bedingung, es kann auch jede dieser Verpflichtungen von einer andern Bedingung abhängig gemacht werden[2]. Für den bedingten Kauf gelten die gleichen Regeln, wie für bedingte Rechtsgeschäfte überhaupt, namentlich auch was den Fall angeht, wo die Bedingung auf das nackte Wollen, die Willkür, einer der Parteien gestellt ist. Ist in diesem Fall die Bedingung a) eine aufschiebende, so ist derjenige Contrahent, auf dessen Willkür die Bedingung gestellt ist, einstweilen gar nicht, sein Gegner bedingt verpflichtet; durch die Erfüllung der Bedingung aber, unter welcher sein Gegner verpflichtet ist, wird auch für ihn eine Verpflichtung erzeugt[3]. Ist die Bedingung b) eine auflösende, so wird durch die Erfüllung derselben der Vertrag aufgelöst nach dem gemeinen Recht der auflösenden Bedingung, mit dem Unterschied jedoch, daß, wenn der Käufer es ist, auf dessen Willkür die Bedingung gestellt ist, die von demselben in der Zwischenzeit auf die Kaufsache gelegten dinglichen Lasten aufrechterhalten bleiben[4].

Ein Fall des Kaufes unter einer auf nacktes Wollen gestellten Bedingung ist namentlich auch der s. g. Kauf auf Besicht

---

§. 387. [1] Bloß die Verpflichtung des Verkäufers ist z. B. bedingt bei dem Kauf einer Sache, deren (gegenwärtige oder zukünftige) Existenz noch ungewiß ist (emtio spei); s. die Stellen in §. 385 Note 5. Wenn bloß die Verpflichtung der einen Partei bedingt ist, so kann die andere möglicherweise leisten müssen, ohne ihrerseits etwas zu erhalten; nichtsdestoweniger ist der Vertrag nicht Schenkung, auch nicht eventuelle Schenkung; die Partei, welche leisten muß, hat immerhin ein Aequivalent für ihre Leistung erhalten, nämlich die Aussicht auf Gewinn, welche sich allerdings nun als trügerisch erweist. Der römische Ausdruck emtio spei ist also ganz bezeichnend. — Hierher gehört auch das moderne Ausspielgeschäft, welches aber nach particularrechtlicher Bestimmung gewöhnlich einer polizeilichen Concession bedarf.

[2] Dieß folgt unmittelbar aus dem Vorhergehenden.

[3] S. §. 321 Nr. 5. a, I §. 93 Note 1. In l. 7 pr. D. h. t. 18. 1 heißt es nur: „venditio nulla est“, während freilich Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 267 meint, es sei „nichts gewisser“, als daß die Stelle „beiderlei Geschäfte“ für ungültig erkläre. Ueber l. 13 C. h. t. 4. 38 s. §. 386 Note 7.

[4] S. §. 323 Note 6; l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Der Verkäufer kann aber die Rücknahme der Sache verweigern, wenn der Käufer diese Lasten nicht ablöst, oder ihn für dieselben entschädigt. Vgl. l. 21 §. 1 l. 43 §. 8 D. de aed. ed. 21. 1.

oder auf Probe [5]. Der Sinn eines solchen Kaufes ist im Zweifel der, daß der Käufer sich nach seinem freien Belieben solle entscheiden dürfen, ohne darüber Rechenschaft geben zu müssen, daß ihm die Sache wirklich nicht gefalle [6]. Die Parteien können dabei eine aufschiebende oder eine auflösende Bedingung gewollt haben [7]; ob sie das Eine oder das Andere gewollt haben, ist, wenn die gebrauchten Ausdrücke keinen Anhalt geben, nach den Umständen

---

[5] Vgl. über dieses Geschäft: Cropp in Heise und Cropp Juristische Abhandlungen I Nr. 12 (1827). Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 66 fg. S. 262 fg. S. 386 fg. (1858). Fitting das. II S. 203 fg. (1859). Unger das. III S. 386 fg. (1860). Fitting das. V S. 79 fg. (1862). Eine dankenswerthe Zusammenstellung des Inhalts der vier zuletzt genannten Aufsätze gibt Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVI. 11 (1863). S. ferner Vangerow III §. 635 Anm. Nr. II, Thöl Handelsr. I §. 71; Brackenhöft Zeitschrift f. Civ. u. Pr. N. F. XVII. 11. — Für das Geschäft sind außer den im Text genannten Bezeichnungen verschiedene andere vorgeschlagen worden: „Handel nach Belieben", „Handel nach Gefallen", „Handel auf Gefallen" (s. Fitting Arch. S. 242), „Handel auf Laune" (Thöl). S. auch Thöl §. 71 im Anf.

[6] So die herrschende Meinung. Seuff. Arch. X. 40, XVIII. 239. Das Gegentheil hat Unge a. a. O. S. 407 fg. auszuführen versucht; s. gegen denselben namentlich Fitting in dem zweiten Aufsatz S. 90—115. S. auch HGB. Art. 339. — Beim Weinkauf soll nach Goldschmidt's Meinung (S. 73 fg.) bei den Römern der Vorbehalt der Probe (degustatio) nur die Bedeutung gehabt haben, daß durch ieselbe die Unverdorbenheit des Weins habe constatirt werden sollen. Das beste Argument für diese Behauptung liegt in Cato de re rustica c. 148; unsere Rechtsquellen (von dem Institut der degustatio handeln namentlich l. 1 pr. l. 4 pr. §. 1 l. 15 D. de per. 18. 6, l. 34 §. 5 D. h. t. 18. 1) lassen sie zum Mindesten zweifelhaft. Für das heutige Recht nimmt Goldschmidt die Geltung dieses römischen Instituts nicht in Anspruch (S. 400). Für Goldschmidt hat sich Fitting erklärt; gegen denselben Arndts §. 301 Anm. 1 (zweifelnd aber wieder in der 5. Aufl.). — Es kann ausgemacht werden, daß der Käufer für das ihm eingeräumte Wahlrecht eine Vergütung solle zu zahlen haben. Hierher gehört das kaufmännische Prämiengeschäft. Thöl Handelsr. I §. 91 fg.

[7] Aufschiebende Bedingung: §. 4 I. h. t., l. 20 pr. §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5; auflösende Bedingung: l. 20 §. 1 cit., l. 6 D. de resc. vend. 18. 5, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. — Die Parteien können möglicherweise auch weder aufschiebende, noch auflösende Bedingung gewollt haben, sondern Entstehen einer obligatorischen Verbindlichkeit zur Rückgängigmachung der eingetretenen Wirkungen des Geschäfts (I §. 90 Note 2 und 3). Dabei ist es, wenn der Rücktritt dem Käufer vorbehalten ist, noch speziell möglich, daß die Parteien die Anwendung der Grundsätze des aedilicischen Edicts über die

des besonderen Falles zu entscheiden [8]. Haben sie eine aufschiebende Bedingung gewollt, so kommt ein Vertrag erst zu Stande durch die Billigung des Käufers, und diese Billigung kann natürlich auch dann verweigert werden, wenn die Sache inzwischen untergegangen oder verschlechtert worden ist; jedoch muß der Käufer Ersatz geben, wenn dieß durch seine Schuld geschehen ist [9]. Haben sie eine auflösende Bedingung gewollt, so bleibt der zu Stande gekommene Verkauf bestehen bis zur Mißbilligung des Käufers; durch die Mißbilligung aber wird er deßwegen nicht weniger rückgängig gemacht, weil dieselbe erfolgt, nachdem die Kaufsache untergegangen oder schlechter geworden ist [10], vorbehaltlich natürlich auch

---

Redhibition gewollt haben (also namentlich die Nothwendigkeit der Geltendmachung des Rücktritts binnen 60 Tagen, l. 31 §. 22 D. de aed. ed. 21. 1). Bei den Römern wurde auf diesen letzteren Willen aus dem Gebrauch gewisser Ausdrücke geschlossen, namentlich aus dem Gebrauch des Ausdrucks redhibere (l. 31 §. 22—24 D. de aed. ed. 21. 1), vielleicht auch des Ausdrucks inemtum esse (l. 4 C. de aed. ed. 4. 58, Vat. fr. §. 14; l. 3 D. h. t. 18. 1, l. 2 §. 5 D. pro emt. 41. 4, l. 11 §. 13 D. quod vi aut cl. 43. 24). Vgl. mit Goldschmidt S. 113. 122 Fitting II. S. 268 fg.

[8] Ist es dabei ein relevanter Umstand, daß die Kaufsache übergeben oder noch nicht übergeben worden ist? Cropp S. 193. 194, Thöl §. 71 Note 25. 26, Goldschmidt S. 115. — Wie, wenn die Umstände eine Entscheidung nicht an die Hand geben, was ist im Zweifel anzunehmen? Vgl. über diese Frage Cropp S. 191—196, Goldschmidt S. 116 (über den Fall des Weinkaufs ad gustum dens. S. 76 fg.), Thöl §. 71 Note 24, Puchta §. 360 i. k, Fitting II S. 277; Seuff. Arch. XVIII. 236. M. E. wird nichts Anderes übrig bleiben, als im einzelnen Fall gegen denjenigen zu entscheiden, welcher darauf, daß die Bedingung eine aufschiebende oder auflösende sei, einen Anspruch gründet (I §. 84 Note 5). — HGB. Art. 339 Satz 1. „Diese Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende".

[9] L. 17 §. 2. 4 l. 20 §. 1. 2 D. de praescr. verb. 19. 5. Ebenso muß der Käufer den von der Sache gezogenen Gewinn herausgeben, l. 13 §. 1 D. comm. 13. 6, l. 20 pr. D. de praescr. verb. 19. 5.

[10] Der Verkäufer trägt also die Gefahr nicht bloß der Verschlechterung, sondern auch des Unterganges. Das Letztere ist jedoch bestritten; anerkannt wird es von Schweppe Röm. Privatr. III §. 333 Note 3, Brinz S. 482, geleugnet von Goldschmidt S. 120, Fitting II S. 270, Thöl Note 22a. Bleibt man bei dem reinen Rechte der auflösenden Bedingung stehen, so wird man nicht anders entscheiden können, als im Texte geschehen (§. 390 Note 10), und die Frage wird nur die sein können, ob man nicht aus den von den Parteien gebrauchten Worten oder aus anderen Umständen auf eine entgegengesetzte Willensmeinung schließen dürfe. Z. B. es wäre gesagt: es

hier der Entschädigungsverbindlichkeit des Käufers. Billigung und Mißbilligung müssen rechtzeitig erfolgen[11]; sonst gelten sie als nicht geschehen[12]. Rechtzeitig sind sie, wenn sie innerhalb der im Vertrage vorgeschriebenen Zeit erfolgen; wenn keine Zeit vorgeschrieben ist, sind sie rechtzeitig, wenn sie erfolgen binnen ortsüblicher Frist, oder, wo eine solche nicht besteht, sobald als möglich[13]. Billigung und Mißbilligung können nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen[14]. — Von dem Kauf auf Probe ist wohl zu unterscheiden der Kauf nach Probe: Kauf einer Quantität von Sachen, die einer vorgelegten Probe entsprechen sollen[15].

---

solle bei Nichtgefallen der Sache gegen Rückgabe der Sache das Kaufgeld zurückgefordert werden können.

[11] Eine nicht rechtzeitige Billigung bringt den Kaufvertrag nicht zu Stande; eine nicht rechtzeitige Mißbilligung löst ihn nicht auf. Will der Verkäufer die nicht rechtzeitige Billigung oder Mißbilligung dennoch annehmen, so wird nun ein neuer Vertrag abgeschlossen. — Ueber die jetzt aufgegebene Ansicht, daß der Käufer durch Unterlassung der Erklärung binnen der rechten Zeit in Verzug komme, s. Vangerow S. 453, Goldschmidt S. 128 fg., Thöl Note 20. 20[a]. Vgl. übrigens auch Note 14.

[12] Ist der Verkäufer Schuld daran, daß der Käufer sich nicht rechtzeitig erklären kann, so schadet das natürlich dem Letzteren nicht. L. 4 pr. D. de peric. 18. 6.

[13] Dieß muß als die Willensmeinung der Parteien angesehen werden. Die herrschende Meinung gestattet bei der auflösenden Bedingung eine Frist von 60 Tagen auf Grund von l. 31 §. 22 D. de aed. ed. 21. 1; s. darüber Note 7 und §. 323 Note 14. In Betreff der aufschiebenden Bedingung gehen die Meinungen auseinander; s. Cropp S. 198. 199, Goldschmidt S. 125—127, Thöl Note 18. 19. Ueber l. 4 §. 1 D. de peric. 18. 6 s. Goldschmidt S. 95—98. — HGB. Art. 339 Satz 3. „In Ermangelung einer verabredeten oder ortsgebräuchlichen Frist kann der Verkäufer nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Zeit den Käufer zur Erklärung auffordern; er hört auf, gebunden zu sein, wenn der Käufer sich auf die Aufforderung nicht sofort erklärt".

[14] Liegt eine stillschweigende Billigung auch in dem Verstreichenlassen der festgesetzten, oder durch Auffordern des Käufers bestimmten Frist bei übergebener Sache? S. Goldschmidt S. 454 Note 10, Fitting V S. 113 Note 38. Die Frage ist bejaht im HGB. Art. 339 Satz 4.

[15] Cropp in Heise und Cropp Juristische Abhandlungen I Nr. 13 (1827), Hesse Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. 4 (1847); Thöl Handelsr. I §. 72. HGB. Art. 340. — Verkauf zur Probe: das. Art. 341. Thöl §. 72 a. E.

Es kann auch beim Kaufe eine auf das nackte Wollen gestellte Bedingung mit einer anderen Bedingung verbunden werden. Hierher gehört, wenn dem Verkäufer der Rücktritt für den Fall besseren Gebotes oder für den Fall nicht rechtzeitiger Entrichtung des Kaufgeldes vorbehalten wird[16]. Vgl. darüber die allgemeine Darstellung in §. 323.

§. 388.

Ob Jemand einen Kaufvertrag abschließen will, oder nicht, hängt regelmäßig von seinem freien Willen ab[1]; ausnahmsweise ist eine Nöthigung zum Abschluß eines Kaufvertrages begründet, entweder durch Gesetz[2], oder durch richterliche Verfügung, oder durch Rechtsgeschäft. Im Besonderen gehört hierher

1) der Vertrag auf Wiederverkauf[3] oder auf Wiederkauf[4]. Ist über den Preis, zu welchem der Kaufvertrag abgeschlossen werden soll, im Vertrage nichts bestimmt, so ist im Zweifel der Kaufpreis des früheren Kaufes als gewollt anzunehmen[5]; ist über

---

16 In diem addictio und lex commissoria. Möglicherweise kann die in diem addictio auch so gemeint sein, daß für den Fall besseren Gebotes der Käufer solle zurücktreten dürfen, l. 9 D. de in diem add. 18. 2. Was in dieser Beziehung die lex commissoria angeht, so ist nicht anzunehmen, daß es in der Absicht der Parteien gelegen haben könne, dem Käufer für seine vertragswidrige Säumniß einen Vortheil zuzuwenden. L. 2. 3 D. de leg. commiss. 18. 3.

§. 388. 1 L. 11. 13 C. h. t. 4. 38.

2 Außer den unten zu nennenden Fällen des gesetzlichen Vorkaufsrechtes gehören hierher l. 12 pr. D. de relig. 11. 7 und l. 14 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6 (1 §. 169 Note 4); ferner l. 2 l. 5 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5 (I §. 248 Note 27), und die antiquirten Bestimmungen der l. 1 D. de his qui sui l. 6, l. 1 C. de comm. serv. 7. 7, l. 9 C. de oper. publ. 8. 12, l. 1 2 C. ut nemini liceat 10. 27. — Heutige Expropriation: Häberlin Arch. f. civ. Pr XXXIX. 1. 8 (1856), W. Koch Deutschlands Eisenbahnen I S. 32 fg. (1858), A. Thiel das Expropriationsrecht und das Expropriationsverfahren nach dem neuesten Standpunkt der Wissenschaft und der Praxis (1866). In welchem Moment ist bei der Expropriation der Kaufvertrag perfect? Seuff. Arch. XIV. 226.

3 S. g. pactum de retrovendendo. L. 12 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 2 C. de pact. inter emt. 4. 54.

4 S. g. pactum de retroemendo. — Ueber beide Verträge s. Sintenis II S. 637—639.

5 Streitig. Andere nehmen den Taxwerth an.

die Zeit, binnen welcher das Recht auf Wiederverkauf oder auf Wiederkauf geltend gemacht werden soll, nichts bestimmt, so gilt die gewöhnliche Zeit der Anspruchsverjährung[6]. Beide Verträge wirken nur obligatorisch, und sind daher wohl zu unterscheiden von der Vereinbarung, daß der Kauf durch Rückgabe der Kaufsache oder des Kaufpreises solle rückgängig gemacht werden können[7].

2. Das Vorkaufsrecht[8]. Jemand muß, wenn er verkaufen will, einer bestimmten Person die Vorhand lassen, vorausgesetzt daß dieselbe gleiche Bedingungen bietet, wie der dritte Kauflustige geboten hat[9]. Auch das Vorkaufsrecht wirkt nur obligatorisch[10], und ist daher nicht zu verwechseln mit dem dinglich wirkenden deutschen Näher- oder Retractrecht[11]. Das Vorkaufsrecht kann nicht bloß vertragsmäßig begründet werden[12]; es gibt auch gesetzliche Vorkaufsrechte[13]. —

Der Kaufvertrag ist nicht immer erlaubt. Personen, die fremdes Vermögen kraft Amtes verkaufen oder verwalten, ist es verboten, an sich selbst zu verkaufen[14]. Ein gleiches Verbot gilt für den Pfandgläubiger[15].

---

6 S. I §. 108 Note 4 und 8, Sintenis S. 639 Anm. 233.

7 L. 7 C. de pact. int. emt. 4. 54.

8 Sintenis S. 639. 640.

9 L. 3 C. de iure emph. 4. 66.

10 Seuff. Arch. VII. 37.

11 Gerber deutsch. Privatr. §. 175—177, Beseler deutsch. Privatr. II §. 124. 125.

12 Durch Rechtsgeschäft kann auch bestimmt werden, daß der Eigenthümer Niemandem, als einer bestimmten Person, überhaupt solle verkaufen dürfen. L. 75 D. h. t. 18. 1, l. 21 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 122 §. 3 D. de V. O. 45. 1.

13 Vor Allem das Vorkaufsrecht des Eigenthümers der Emphyteuse, l. 3 C. de iure emph. 4. 66. S. ferner l. 16 D. de reb. auct. iud. 42. 5 und l. 60 D. de pact. 2. 14, l. 1 C. de metallar. 11. 6, u. vgl. l. 14 C. h. t. 4. 38.

14 L. 34 §. 7 D. h. t. 18. 1, l. 5 §. 2—4 D. de auct. 26. 8, l. 46 D. h. t. Seuff. Arch. XVIII. 222.

15 L. 10 C. de distr. pign. 8. 28. — Das römische Recht verbot außerdem Provinzialbeamten, während ihrer Amtsführung in ihrer Provinz etwas Anderes zu kaufen, als Sachen des täglichen Bedürfnisses (l. 62 pr. D. h. t. 18. 1, l. 6 §. ult. D. de off. procons. 1. 16, l. un. §. 2. 3 C. de contr. iud. 1. 53). Ferner sollten Soldaten in der Provinz, in welcher sie dienten, keine

c. Verpflichtungen.

α. Ueberhaupt.

§. 389.

Die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage stehen unter freiem richterlichen Ermessen, dessen Grundlage auch hier neben den Verabredungen der Parteien die allgemeine und besondere Intention des Geschäfts ist[1]. Die Hauptpunkte sind folgende[1a].

1. Der Verkäufer ist vor allem verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Käufer die Kaufsache wirklich habe[2]. Den näheren Inhalt dieser Verpflichtung aber bestimmt das römische Recht nicht dahin,

---

Grundstücke kaufen (l. 9 pr. D. de re militari 49. 16). Diese Sätze des römischen Verwaltungsrechts sind heutzutage unanwendbar. — L. 3 D. de extr. cogn. 50. 13 enthält kein Verbot des Kaufes zwischen Aerzten und Patienten, sondern erklärt den Kauf für ungültig, zu welchem der Arzt den Patienten durch Mißbrauch seiner ärztlichen Gewalt bestimmt habe (vgl. §. 404 Note 9).

§. 389. [1] Die actiones aus dem Kaufe sind actiones bonae fidei, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 11 §. 1 D. h. t. (de actionibus emti et venditi) 19. 1. L. 11 §. 1 cit. „Et imprimis sciendum est, in hoc iudicium id demum deduci, quod praestari convenit; cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestati“.

[1a] S. außerdem noch z. B. l. 29. 30 D. de contr. emt. 18. 1, l. 2 C. de A. E. V. 4. 49, und darüber Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 287 fg., XLVIII S. 308 fg., und die an letzterem Ort citirte Dissertation von Thilo.

[2] Es ist schon öfter bemerkt worden (I §. 177 Note 1, II §. 321 Note 18. 19, §. 330 Note 6, besonders §. 365 Note 18), daß die Verkaufserklärung nicht gedacht werden darf als in erster Linie auf die Erzeugung einer Verbindlichkeit gerichtet. Ihr nächster Inhalt ist eben der, daß der Käufer die Sache haben solle, und eine Verbindlichkeit ergibt sich aus derselben nur dadurch, daß der wirkliche Zustand ihr nicht entspricht. Entspricht ihr der wirkliche Zustand sofort, so ist der Verkäufer zu nichts, oder nur noch zu Nebenleistungen verpflichtet. So z. B. bei dem Verkaufe einer Dienstbarkeit (I §. 212 Note 1) oder einer Forderung (II §. 330 Note 6), wenn der Verkäufer berechtigt und übertragungsfähig ist. Für diese Auffassung des Inhalts der Verkaufserklärung spricht auch die Unbefangenheit, mit welcher unsere Quellen, gerade wie das noch heutzutage im Leben geschieht, die Begriffe venditio und alienatio identificiren, s. z. B. l. 55 D. de contr. emt. 18. 1, l. 29 §. 1 D. de statulib. 40. 7, vgl. l. 55 D. de O. et A. 44. 7, l. 109 D. de V. S. 50. 16. Vgl. auch Voigt condictiones ob causam S. 426—429.

daß der Verkäufer dem Käufer das rechtliche Haben, sondern dahin, daß er ihm das factische Haben[3] des Kaufgegenstandes zu gewähren habe. Im Besonderen bei verkauften körperlichen Sachen geht also die Verpflichtung des Verkäufers zunächst nur auf Uebergabe des Besitzes. Durch dieselbe wird nun zwar, wenn der Verkäufer selbst Eigenthümer ist, und dem Eigenthumsübergange sonst kein Hinderniß im Wege steht, der Käufer zum Eigenthümer gemacht[4]. Ist dieß aber auch nicht der Fall, so hat der Verkäufer doch zunächst seiner Verbindlichkeit genügt, und haftet dem Käufer erst dann, wenn demselben in Folge davon, daß ihm kein Recht oder nicht das volle Recht an der Sache verschafft worden ist, das fernere Haben der Sache unmöglich gemacht, wenn ihm die Sache entwehrt wird[5]. Von der Entwehrung wird ausführlicher unten (§. 391) gehandelt werden. Nur ausnahmsweise ist eine Entschädigungspflicht des Verkäufers auch ohne Entwehrung begründet, nämlich a) wenn der Verkäufer wissentlich eine eigene Sache als fremde verkauft hat[6]; b) wenn der Käufer hinterher das Eigenthum der Kaufsache anderweitig erwirbt, so daß Entwehrung nicht mehr möglich ist[7]. Außerdem ist der Käufer, welcher das Kaufgeld noch nicht gezahlt hat, zur Rückbehaltung

[3] L. 188 pr. D. de V. S. 50. 16. „Habere duobus modis dicitur, altero, iure dominii, altero, obtinere sine interpellatione id quod quis emerit".

[4] Vorausgesetzt, daß der Kaufpreis gezahlt oder creditirt ist. S. I §. 172 Note 19, und füge zu den dort Genannten hinzu: Cropp in Heise und Cropp Juristische Abhandlungen I Nr. 21, Thöl Handelsr. I §. 68. 69, Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 46—125 S. 199 fg. (welcher in diesem Satze eine Aeußerung der „naturalis ratio", wie er sie versteht, d. h. eines „Naturgesetzes", einer „Naturnothwendigkeit" sieht). — Genügt Eigenthumsverschaffung ohne Besitzverschaffung? Verneint bei Seuff. Arch. VIII. 37; vgl. VI. 187.

[5] L. 11 §. 2 D. h. t. „Et imprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, i. e. tradere. Quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum; si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat . .". L. 25 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 30 §. 1 D. h. t. 19. 1, l. 1 pr. D. de rer. perm. 19. 4, l. 3 C. de evict. 8. 45. Vgl. l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 80 §. 3 D. de contr. emt. 18. 1.

[6] L. 30 §. 1 D. h. t. 19. 1. Seuff. Arch. I. 200.

[7] L. 13 §. 15 D. h. t. 19. 1, l. 9 l. 41 §. 1 de evict. 21. 2. Vgl. l. 24 eod.

desselben befugt, wenn Entwehrung nur droht[8]. — Ist die Verschaffung der Kaufsache dem Verkäufer unmöglich, so entscheiden die allgemeinen Grundsätze, so daß also bei ursprünglicher Unmöglichkeit zwischen objectiver und subjectiver[9], bei nachfolgender zwischen verschuldeter und unverschuldeter Unmöglichkeit unterschieden werden muß (§. 264. 315). Schuld ist für den Verkäufer jede Nachlässigkeit[10]. Ist die Unmöglichkeit ohne Schuld des Verkäufers eingetreten, so ist er nicht nur selbst frei von eigener Leistung[11], sondern bekommt auch, trotzdem daß er selbst nichts leistet, das Kaufgeld. Man sagt: der Käufer trage die Gefahr der Sache[12]. Auch hiervon muß näher gehandelt werden (§. 390). — Die Sache muß dem Käufer so verschafft werden, wie sie nach der Zusicherung des Verkäufers sein soll[13]. Was ist aber Rech-

---

[8] L. 18 §. 1 D. de peric. 18. 6, l. 24 C. de evict. 8. 45. Seuff. Arch. I. 49. 50, VII. 164, IX. 142, XI. 34, XIII. 15. 88. 137, XIV. 128, XVIII. 228 vgl. 229. Bekker Jahrb. f. Dogm. VI. 323 fg. S. 332 fg. Dieser Schriftsteller bestreitet, daß jede drohende Entwehrung zur Rückbehaltung des Kaufpreises berechtige; nur Beginn des Prozesses gebe diese Befugniß. Dawider l. 24 cit.: — „denuntiatum ab aliquo".

[9] Im Einzelnen s. l. 15 pr. l. 34 §. 1 l. 57 pr. §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 28 eod. Mommsen Unmöglichkeit §. 2. 3. 14.

[10] L. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 5 §. 2 D. comm. 13. 6, l. 35 §. 4 D. de contr. emt. 18. 1, l. 3 D. de peric. 18. 6.

[11] Er muß aber gemäß der Regel leisten, was er in Folge der eingetretenen Unmöglichkeit statt der Kaufsache in Händen hat. Dahin gehört auch die Versicherungssumme. S. §. 264 Note 6. Was er in Folge einer Thatsache, die ihn nicht befreit, statt der Kaufsache in Händen hat, behält er, auch wenn später eine ihn befreiende Unmöglichkeit eintritt, so das durch abermaligen Verkauf der Sache erzielte Kaufgeld, wenn die Sache später ohne seine Schuld untergeht, l. 21 D. de her. vel act. vend. 18. 4. Dieß gemäß der Regel des §. 327 Note 12.

[12] S. über diesen Ausdruck die §. 321 Note 19 z. A. angeführten Schriftsteller.

[13] L. 6 §. 4 l. 13 §. 3. 4 D. h. t. 19. 1, l. 15 D. de peric. 18. 6. Zusicherung in Betreff des Maßes eines verkauften Grundstücks: l. 2 l. 4 §. 1 l. 13 §. 14 l. 22 l. 42 D. h. t. 19. 1, l. 69 §. 6 D. de evict. 21. 2, l. 45 D. eod., l. 10 C. eod. 8. 45. Zusicherung in Betreff von Accessionen: l. 33 pr. D. de aed. ed. 21. 1, l. 5 D. de evict. 21. 2; speciell von Servituten des verkauften Grundstücks: l. 6 §. 6 D. h. t. 19. 1, l. 75 D. de evict. 21. 2. Zusicherung der Freiheit von Servituten: l. 75 cit. (l. 90. 169 D. de V. S. 50. 16), l. 59. 66 pr. D. de contr. emt. 18. 1.

tens, wenn sie die zugesagten Eigenschaften nicht hat, was ferner, wenn sie mangelhaft ist, ohne daß die Abwesenheit von Mängeln ausdrücklich versprochen worden ist? Auch diese Fragen sollen besonders beantwortet werden (§. 393. 394). — Mit der Kaufsache muß der Verkäufer alle Zubehörungen derselben [14], so wie Alles, was dieselbe nach Vollendung des Kaufvertrages an Ertrag oder sonstigem Gewinn gebracht hat [15], herausgeben. — Ueber Ort und Zeit der Uebergabe entscheiden die allgemeinen Grundsätze [16].

---

[14] S. I §. 143. Um so mehr, was Bestandtheil der Kaufsache ist, wie z. B. die noch nicht getrennten Früchte, l. 13 §. 10 D. h. t. 19. 1.

[15] L. 3 §. 1 l. 13 §. 13. 18 D. h. t. 19. 1 (zu §. 18 cit. vgl. l. 38 §. 5 l. 39 D. de her. inst. 28. 5), l. 13. 16 C. h. t. 4. 49, l. 4 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 7 pr. D. de peric. 18. 6. Natürlich kann etwas Anderes ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht werden, l. 13 §. 18 D. h. t. Ueber l. 13 §. 11 D. h. t. s. Ihering Abhandlungen S. 64 fg., Mommsen Erörterungen I S. 61 S. 124 fg. Der Verkäufer haftet auch wegen des durch seine Schuld versäumten Gewinnes, l. 21 D. de her. vel act. vend. 18. 4 (vv. *quemadmodum fundi venditor*). Das Gesagte bezieht sich gemäß der Regel (§. 327 Note 7) nur auf den Gewinn, welchen wirklich die Sache selbst gebracht, nicht auf denjenigen, zu welchem sie nur Veranlassung gegeben hat.

[16] Demnach kommt es, was den Ort der Leistung angeht (§. 282): a) in erster Linie auf die Natur der Sache (bei unbeweglichen Sachen) und die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien an. b) Individuell bestimmte Sachen sind da zu übergeben, wo sie sich ohne Unredlichkeit des Verkäufers befinden, jedoch auf Verlangen des Käufers auf seine Gefahr und Kosten an den bei c genannten Ort zu schaffen. c) Generisch bestimmte Sachen können an jedem Orte verlangt werden, wo ein Gerichtsstand des Verkäufers begründet ist. Jedenfalls also sind sie beim Verkäufer abzunehmen; der Käufer hat sie zu holen, nicht der Verkäufer sie zu bringen. Beauftragt der Käufer den Verkäufer, ihm das Gekaufte zu schicken, d. h. dasselbe, statt ihm, einer, vom Käufer bezeichneten oder vom Verkäufer auszuwählenden, Mittelsperson zu übergeben, so ist mit der Uebergabe an diese Mittelsperson die Leistung des Verkäufers vollständig beschafft. Verpflichtet zum Schicken ist der Verkäufer ohne besonderen, ausdrücklichen oder stillschweigenden, Vertrag nicht. Vgl. über das Gesagte Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 421 fg., Reatz Erfüllungsort S. 94 fg. (dieser a. M. in Betreff der Verpflichtung zum Schicken, vgl. §. 282 Note 5). Seuff. Arch. II. 168. — HGB. Art. 342 (§. 282 Note 4 a. E.). Art. 344. „Soll die Waare dem Käufer von einem andern Ort übersendet werden, und hat der Käufer über die Art der Uebersendung nichts bestimmt, so gilt der Verkäufer für beauftragt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Bestimmung statt des Käufers zu treffen, insbesondere

2. Der Käufer ist verpflichtet, das Kaufgeld zu zahlen, und zwar näher: an demselben dem Verkäufer Eigenthum zu verschaffen[17]. Von der Zeit der Uebergabe der Kaufsache an muß er, wenn nichts Anderes ausgemacht ist, das Kaufgeld verzinsen[18]. Verwendungen, welche der Verkäufer nach Abschluß des Kaufvertrages gemacht hat, muß der Käufer ersetzen, wenn sie nothwendig oder in seinem Interesse waren[19].

β. Insbesondere:

aa. Der Käufer trägt die Gefahr*.

§. 390.

Der Käufer trägt die Gefahr; das will sagen: wenn dem Verkäufer ohne seine Schuld die Leistung der Kaufsache unmöglich geworden ist, so muß er dennoch das Kaufgeld zahlen[1]; wenn die Kaufsache ohne Schuld des Verkäufers schlechter geworden ist, so muß er dennoch das volle Kaufgeld zahlen[2]. Der Grund dieses Satzes ist, daß nach Vollendung des Kaufvertrages die Kaufsache auch ohne Tradition als aus dem Vermögenskreise des Verkäufers ausgeschieden, und in den Vermögenskreis des

---

auch die Person zu bestimmen, durch welche der Transport der Waare ausgeführt oder besorgt werden soll".

[17] L. 13 §. 20 l. 11 §. 2 D. h. t. 19. 1, l. 1 pr. D. de rer. perm. 19. 4. Jedoch gilt auch hier die Regel des §. 342 Note 7 und 8. Vgl. Unterholzner S. 294.

[18] L. 13 §. 20. 21 D. h. t. 19. 1, l. 5 C. h. t. 4. 49, l 18 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 2 C. eod. 4. 32. Seuff. Arch. II. 283, IV. 117, VI. 182, VII. 305, XI. 21. 118. 263 (148), XIII. 10. 213. Vgl. auch Holzschuher III S. 59—61.

[19] L. 13 §. 22 l. 38 §. 1 D. h. t. 19. 1, l. 13. 16 C. h. t. 4. 49. Verwendungen durch Dritte? Seuff. Arch. XVIII. 133.

§. 390. * Dig. 18. 6 Cod. 4. 48 de periculo et commodo rei venditae. — Thöl Handelsr. I §. 72[a] — 76, Unterholzner II S. 250—256, Vangerow III §. 635. S. außerdem die bei §. 321 Note 13 citirte Literatur in Betreff der Tragung der Gefahr bei Obligationen überhaupt und gegenseitigen Obligationen insbesondere; ferner Ihering Jahrb. f. Dogm. III. 7 und die Citate in Note 8.

[1] S. die Citate in §. 321 Note 19 z. A.

[2] §. 3 I. de emt. 3. 23, l. 1 pr. init. l. 4 §. 1 l. 7 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t. S. g. periculum deteriorationis.

Käufers übergegangen angesehen wird[3]. — Damit die Gefahr den Käufer wirklich treffe, ist nothwendig

1. Vollendung des Kaufvertrages[4]. Zur Vollendung des Kaufvertrages in dem hierher gehörigen Sinn ist erforderlich[5] außer dem Consense der Parteien über die wesentlichen Punkte des Kaufes:

a. daß die Kaufsache entweder individuell bestimmt sei[6], oder wenn eine generisch bestimmte Sache oder eine Quantität solcher Sachen verkauft worden ist[7], daß der Kauf sich auf ein bestimmtes Sachindividuum oder bestimmte Sachindividuen durch wirkliche Leistung oder Uebereinkunft der Parteien concentrirt habe[8]. Bis diese Concentration eingetreten ist, trägt der Käufer nicht nur

---

[3] S. darüber und über die verschiedenen, sehr auseinandergehenden Meinungen §. 321 Note 18. 19. Vgl. noch l. 13 §. 17 D. de A. E. V. 19. 1: — „aequum est enim, eandem esse conditionem emtoris, quae futura esset, si *cum ipso* actum esset communi dividundo".

[4] L. 8 pr. D. h. t. „Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit. Nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet . . .".

[5] §. 3 I. de emt. 3. 23, l. 8 pr. D. h. t. L. 8 pr. cit. (Note 4). — „Et si id quod venierit appareat *quid quale quantum* sit, et *pretium*, et *pure* venit, perfecta est emtio".

[6] Dieß ist auch möglich, wenn Sachen, die ihrer Natur nach vertretbar sind, den Gegenstand des Kaufes bilden; es wird z. B. dieses Faß Wein, diese Schiffsladung Weizen gekauft. L. 35 §. 5 D. de contr. emt. 18. 1, l. 2 C. h. t., l. 1 §. 1 D. h. t.

[7] Man denke nicht bloß an vertretbare Sachen, s. §. 255 Note 17.

[8] Vgl. §. 255 Nr. 2. Die Quellen sprechen nur von dem Fall der wirklichen Leistung; der Fall des Vertrages versteht sich von selbst. L. 35 §. 7 D. de contr. emt. 18. 1, l. 1 §. 1 l. 5 D. l. 2 C. h. t. (in den drei ersten Stellen ist von admetiri, in der letzten von tradere die Rede). — Daß auch einseitige Ausscheidung durch den Verkäufer die Gefahr auf den Käufer übergehen mache, hat Heyer (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV. S. 23 fg.) auszuführen gesucht. Thöl (Handelsr. I §. 74), dessen Meinung jetzt die herrschende ist, erklärt zwar einseitige Ausscheidung an sich für ungenügend, hält aber für genügend eine Anzeige des Käufers an den Verkäufer, durch welche der Käufer in den Stand gesetzt werde, seine Gedanken auf die ausgeschiedene species zu richten; denn der Käufer dürfe auch die einseitig ausgeschiedene species, wenn sie nur contractsmäßig und ohne Fehler sei, nicht zurückweisen. Gegen Thöl haben sich erklärt Jhering und Bekker, jener Jahrb. f. Dogm. IV. 5 (1861), dieser Jahrb. d. gem. R. V S. 374 fg. (1862). Jhering verlangt für den Uebergang der Gefahr auf den Käufer, daß demselben wirklich geliefert

nicht die Gefahr des Unterganges, sondern auch nicht die Gefahr der Verschlechterung [9].

b) Unvollendet ist ferner der unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossene Kaufvertrag bis zum Eintritt der Bedingung. Ist jedoch zur Zeit des Eintrittes der Bedingung die Kaufsache noch vorhanden und nur verschlechtert, so muß der Käufer sie nehmen, wie sie ist, so daß er also auch vor Eintritt der Bedingung die Gefahr der Verschlechterung allerdings trägt [10].

---

worden sei, und nennt demnach seine Theorie der „Ausscheidungstheorie" gegenüber „Lieferungstheorie". Im Gegensatz zu dieser „Lieferungstheorie" bezeichnet Bekker die seinige als „Individualisirungstheorie". Die Punkte, welche er im Einzelnen gegen Ihering geltend macht, sind folgende: a) es könne die „Specialisirung" des Kaufgegenstandes auch durch Vertrag der Parteien erfolgen, vorhergehenden (z. B. ein Dritter soll aussuchen), oder nachfolgenden. Ihering wird nicht gemeint sein, dieß zu bestreiten. b) Ihering hält die Lieferung in dem Fall, wo der Kauf auf Schicken gestellt sei, wie ich, für vollendet mit dem Abschicken (§. 389 Note 16); Bekker hält sie für vollendet erst mit der Annahme, ist aber geneigt, dennoch den Moment des Abschickens für entscheidend zu halten, auf Grund nämlich der Annahme eines stillschweigenden darauf gerichteten Vertrags der Parteien. — Auch das HGB. Art. 345 läßt die Gefahr mit dem Abschicken übergehen. Seuff. Arch. II. 168. — Dadurch, daß aus dem Genus, aus welchem die Kaufsache zu entnehmen ist, so viel untergeht, daß nur noch das zu Leistende vorhanden ist, geht die Gefahr auf den Käufer nicht über (§. 255 Note 21).

[9] Untergang und Verschlechterung sind vor der Concentration nur dann möglich, wenn wenigstens der Kreis der Sachen, aus welchem das zu Leistende zu entnehmen ist, individuell, nicht aber, wenn auch er nur generisch bestimmt ist, also wohl, wo ein Ohm Wein aus diesem Stückfaß, nicht aber, wo ein Ohm Wein von dieser Qualität verkauft worden ist. Daß nun der Verkäufer vor der Concentration auch die Gefahr der Verschlechterung trage, sagt ausdrücklich l. 2 C. h. t. Nichtsdestoweniger hat man es bestritten (so z. B. Mommsen Beiträge I S. 342), auf Grund des für den bedingten Kauf Geltenden (Note 10). Aber der Kauf, von welchem hier die Rede ist, unterscheidet sich wesentlich von dem bedingten Kauf; der bedingte Kauf hat deßwegen, weil er bedingt ist, nicht weniger einen individuell bestimmten Gegenstand, und dieser Gegenstand ist es eben, welcher hier fehlt. S. Vangerow III S. 451, Arndts §. 302 Anm. 3, Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 80, III S. 303, Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 369. 398; vgl. auch Thöl §. 73 Note 7.

[10] L. 8 pr. l. 10 pr. D. h. t., l. 10 §. 5 D. de I. D. 23. 3. — Wie ist es bei der auflösenden Bedingung? Dieselbe hemmt die Vollendung des Kaufvertrages nicht, und daher trägt der Käufer die Gefahr sofort. Wie aber wenn

c) Als bedingter Kauf ist auch der Kauf einer individuell bestimmten Quantität von Sachen anzusehen, wenn der Kaufpreis nicht in Bausch und Bogen [11], sondern auf So und So viel für eine bezeichnete Einheit bestimmt ist; die Bedingung des Kaufes ist hier die Feststellung des Kaufpreises durch Messen, Zählen, Wägen [12]. Auch hier also trägt der Käufer bis zur Feststellung des Kaufpreises zwar nicht die Gefahr des Unterganges [13], wohl aber die der Verschlechterung [14].

d) Ueber den Fall, wo mehrere Gegenstände alternativ verkauft worden sind, s. §. 255 von Note 6 an.

2. Daß die verkaufte Sache nicht im Eigenthum des Verkäufers steht, macht keinen Unterschied [15]; nur dann trägt der

---

die Bedingung eintritt, muß dann nicht auch in dieser Beziehung derjenige Zustand wiederhergestellt werden, welcher vorhanden gewesen sein würde, wenn der Kauf nie abgeschlossen worden wäre (I §. 91), so daß also der Käufer sein Kaufgeld jetzt zurückerhält bez. nicht zu leisten braucht? Die Meinungen gehen auseinander, vgl. §. 387 Note 10. Ich glaube nicht, daß man nach l. 2 D. de lege comm. 18. 3 (vgl. auch l. 3 D. de in diem add. 18. 2) die bejahende Antwort wird ablehnen können. Die l. 2 cit. sagt: es ist als Sinn der lex commissoria nicht anzunehmen, daß auch der Käufer sich auf dieselbe solle berufen dürfen; denn dürfte er es, so stünde es in seiner Gewalt, nach Untergang der Kaufsache sich durch Auflösung des Vertrages das Kaufgeld zu retten.

[11] Die Quellen sprechen in diesem Falle von einem Kaufe aversione, in aversione, per aversionem, universaliter uno pretio. L. 4 §. 1. 2 D. h. t., l 62 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1, l. 35 §. 5. 6 eod. Vgl. Gruchot vom Kauf in Bausch und Bogen, Zeitschr. f. Handelsr. III S. 479 fg.

[12] In diesem Falle ist der Kaufpreis nicht bloß ein nicht gewußter, wie in den Fällen der l. 7 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1 („quanti tu emeris", „quantum pretium in arca habeo"), sondern es ist auch noch durchaus ungewiß, ob er ein wißbarer sein wird; er wird es eben dann nicht sein, wenn der Untergang der betreffenden Quantität die Bestimmung ihrer Maßeinheiten unmöglich macht. Dieser Kauf steht daher ganz gleich dem Kauf, bei welchem der Kaufpreis durch einen Dritten bestimmt werden soll (§. 386 Note 5), und ist also in der That ein bedingter, wie dieß auch l. 35 §. 5 D. de contr. emt. 18. 1 ausdrücklich anerkennt.

[13] L. 35 §. 5. 6 D. de contr. emt. 18. 1.

[14] Uebereinstimmend Mommsen Beiträge I S. 339, Thöl §. 75; a. M. Vangerow III S. 451, Arndts §. 302 Anm. 2, Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 80, Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 368 S. 391 fg. S. 398.

[15] Die Verkaufserklärung lautet deßwegen, weil sie auf eine fremde Sache gerichtet ist, nicht weniger: du sollst haben; sie lautet nicht: ich verpflichte

Käufer die Gefahr nicht, wenn dem Verkäufer Arglist zur Last fällt[16].

mich, dir durch eine künftige Willenserklärung zu verschaffen. Zu unterscheiden: a) es wird verkauft unter der Bedingung des künftigen Erwerbes; b) der Sinn des Geschäftes ist: ich verpflichte mich, zu erwerben und dir dann zu geben; das ist nicht Kauf, sondern pactum de vendendo. — A. M. Ihering Jahrb. f. Dogm. III. 7. Ihering geht von der Auffassung aus, daß der Grund, weßwegen der Käufer die Gefahr trage, in der ihn treffenden oder ihm zugeschriebenen Schuld an dem Aufschub der Erfüllung des Kaufvertrages liege; er zahle also nach Untergang der Sache dem Verkäufer das Kaufgeld als Schadensersatz, und brauche daher nichts zu zahlen, wenn denselben kein Schaden getroffen habe; dieß sei aber namentlich dann der Fall, wenn die verkaufte Sache eine dem Verkäufer fremde gewesen sei. Ich kann weder die bezeichnete Grundauffassung Ihering's als richtig anerkennen, noch die daraus für die vorliegende Frage gezogene Consequenz. Ueber das Erste s. §. 321 Note 19 a. E.; was das Zweite angeht: die Schuld des Käufers an der Nichtabnahme der Kaufsache kann doch nur zur Folge haben, daß Alles so gehalten werden müsse, als hätte er abgenommen; hätte er aber abgenommen, so hätte der Verkäufer das Kaufgeld nicht minder bekommen (§. 391 Note 4). Uebrigens beschränkt Ihering den von ihm aufgestellten Satz in einer Weise, daß die praktische Differenz zwischen seiner Ansicht und der hier vertretenen sich sehr verringert. Ihering nimmt nämlich die Fälle aus, wo der Verkäufer an der verkauften fremden Sache bonae fidei possessio oder auf dieselbe ein Forderungsrecht habe; in diesen Fällen also trage der Käufer die Gefahr allerdings. Da nun andererseits auch nach der hier vertretenen Ansicht der Käufer die Gefahr nicht trägt bei dolus des Verkäufers (Note 16), so bleiben als wirkliche Differenzfälle nur solche Fälle über, in welchen der Verkäufer einerseits weiß, daß er eine fremde Sache verkauft, andererseits aber so guten Grund hat, auf die Lieferbarkeit der Sache rechnen zu können, daß Nichtanzeige der Fremdheit der Sache keine Unredlichkeit ist, — oder in denen er die Sache geradezu als fremde verkauft, ohne daß das Geschäft deßwegen unter eine der oben bei a) und b) bezeichneten Kategorieen fällt. Vgl. Ihering a. a. O. S. 466. 467. Wenn sich nun Ihering in Betreff derartiger Fälle auf das Verletzende beruft, welches darin liege, daß der Verkäufer aus fremdem Vermögen einen Gewinn machen solle: so theile ich vollkommen seine Ansicht über das Verletzende eines solchen Resultates, glaube aber, daß der richtige Weg, um demselben zu entgehen, nicht der ist, dem Verkäufer den Anspruch auf das Kaufgeld zu versagen, sondern der, ihm die Verpflichtung aufzuerlegen, das erlangte Kaufgeld dem Eigenthümer herauszugeben. Und diese Verpflichtung ergibt sich zwar nicht, wie Ihering S. 467 mit Recht bemerkt, aus den Grundsätzen über das Commodum, wohl aber aus den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung, s. §. 422 Note 4.

[16] L. 21 pr. D. de evict. 21. 2, l. 30 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1. Nach diesen Stellen wird durch den dolus des wissentlich eine fremde Sache ver-

3. Verkauft der Verkäufer die verkaufte Sache abermals einem Andern, so trägt die Gefahr der erste Käufer, nicht der zweite; es müßte denn dem zweiten tradirt worden sein [17].

bb. Haftung des Verkäufers wegen Entwehrung*.

§. 391.

Der Verkäufer haftet wegen Entwehrung [1]; das will sagen:

kaufenden Verkäufers ein Anspruch gegen ihn begründet, welcher nach l. 21 pr. cit. auch durch späteren Untergang der Sache nicht ausgeschlossen werden soll. Zwar nimmt die bezeichnete Stelle Untergang der Sache nach erfolgter Tradition an; aber der Sinn des Satzes, daß der Käufer die Gefahr trägt, ist ja eben der, daß die bloße Verkaufserklärung dieselbe Wirkung hervorbringen solle, welche an und für sich nur der Tradition zugeschrieben werden dürfte (l. 5 §. 2 D. de resc. vend. 18. 5: — „perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset", l. 15 D. de I. D. 23. 3: — „perinde pretium aufert, ac si tradidisset").

17 Mit dem Falle des mehrmaligen Verkaufs beschäftigt sich vorzugsweise der in der vorigen Note genannte Aufsatz von Ihering. Vor allen Dingen ist nun Ihering darin beizustimmen, daß der Verkäufer nicht von beiden Käufern das Kaufgeld fordern dürfe. Daß er es dürfe, sagt nicht l. 21 D. de her. vel act. vend. 18. 4 (Ihering S. 453 fg.), und dawider spricht die den Kaufvertrag beherrschende bona fides, welche es verbietet, daß Jemand für dieselbe Sache zweimal ein Aequivalent erhalte, wie das auch ausdrücklich anerkannt ist in l. 19 §. 9 D. loc. 19. 2. (Ihering's Grund ist, gemäß seiner allgemeinen Auffassung: daß der Verkäufer, nachdem er einmal das Kaufgeld erhalten, keinen Schaden mehr habe). Eine fernere Frage ist es aber, welcher der mehreren Käufer das Kaufgeld zahlen müsse. Ihering gibt dem Verkäufer die Wahl, obgleich er zugesteht, daß dieses Wahlrecht „etwas Mißliches" habe. Die im Text gegebene Entscheidung ist eine Consequenz der hier vertretenen Grundauffassung; nach dem ersten Verkauf wird die Sache als in den Vermögenskreis des ersten Käufers übergegangen angesehen, und kann ihm durch einen Act, welcher an Kraft den ersten nicht übertrifft, nicht mehr entzogen werden. Anders, wenn dem Zweiten die Sache tradirt wird; hier überwindet der stärkere Act den schwächeren. Die Sache gehört jetzt dem zweiten Käufer wirklich, und geht daher ihm zu Grunde.

* Dig. 21. 2 de evictionibus et duplae stipulatione. Cod. 8. 45 de evictionibus. — K. O. Müller die Lehre des römischen Rechts von der Eviction, 1. Th. (1851, unvollendet). Fuchs die Lehre von der Litisdenuntiation S. 12—52 (1855. Diese Schrift ist auch abgedruckt im Arch. f. prakt. RW. II. 15 und III. 1). Bekker zur Lehre von der Evictionsleistung, Jahrb. d. gem. R. VI S. 229—336 (1863). Glück XX S. 169—433; Unterholzner I S. 288—302, Sintenis II S. 622—634, Vangerow III §. 610 Anm. 1—5. §. 391.

1 Der lateinische Ausdruck ist evictio. Derselbe ist bezeichnender, als der

er haftet, wenn die Mangelhaftigkeit der rechtlichen Lage, in welche er den Käufer versetzt hat, dahin führt, daß diesem das faktische Haben der Sache entzogen wird[2.3]

1. Dem Käufer muß das faktische Haben der Sache entzogen worden sein wegen Rechtsmangels. Hat er das Haben der Sache verloren aus einem andern Grunde, so haftet der Verkäufer nicht, wenn auch der Rechtsmangel bestand; so z. B. wenn die Sache untergegangen[4], oder dem Käufer durch eine Verfügung der Staatsgewalt[4a] oder von einem Andern mit Gewalt genom-

---

deutsche; der deutsche Ausdruck drückt nur aus, daß dem Käufer der Besitz entzogen worden sei, der lateinische auch, daß ihm der Besitz entzogen worden sei durch das (processualisch festgestellte) bessere Recht eines Andern. Den deutschen Ausdruck schreiben die Meisten „Entwährung". Sehr mit Unrecht; s. das Grimm'sche Wörterbuch u. d. W. Entwehrung und Entwährung. „Entwehren" kommt von demselben Stamm, von welchem „Gewere" kommt (ahd. werian, mhd. wern, in den Besitz setzen); „entwähren" erklärt das genannte Wörterbuch = „irritum facere, nicht leisten, Gegensatz von wären, ratum habere, praestare". „Genug schon ist gesagt, daß man wërn und wern, folglich auch entwërn und entwern von einander halten müsse". „Der juristische Sprachgebrauch verwechselt entwehren (aus dem Besitz setzen) und entwähren (nicht leisten) allenthalben".

[2] Der Verkäufer muß dem Käufer nicht bloß das augenblickliche Haben der Sache verschaffen, sondern er muß auch „praestare emtori rem habere licere", vgl. z. B. l. 8 D. h. t., l. 30 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1. Es heißt aber auch evictionem praestare, einstehen dafür, daß Eviction nicht eintrete (z. B. l. 10 D. de A. E. V. 19. 1, l. 1 C. h. t.), so wie es heißt diligentiam praestare und culpam praestare (§. 265 Note 2).

[3] Bei den Römern war es gebräuchlich, daß bei werthvolleren Gegenständen der Verkäufer dem Käufer für den Fall der Entwehrung das Doppelte des Kaufpreises als Ersatz durch eine besondere Stipulation versprach; ja dieses Versprechen war so gewöhnlich, daß man es ohne Weiteres als in der Intention des Kaufvertrages liegend ansah, und daher dem Käufer das Recht zuerkannte, es noch nachträglich zu fordern, wenn es bei dem Kaufvertrage selbst nicht geleistet worden war, l. 37 pr. §. 1 l. 2 D. h. t., l. 11 §. 8. 9 D. de A. E. V. 19. 1, vgl. l. 31 §. 20 D. de aed. ed. 21. 1. Die Lehre von der Entwehrung wird in unseren Quellen mit vorzugsweiser Beziehung auf diese duplae stipulatio vorgetragen. Vgl. über diese letztere Müller §. 8—13; auch v. Salpius Novation und Delegation S. 225—231.

[4] L. 21 pr. §. 1 l. 64 §. 2 D. l. 26 C. h. t.; vgl. l. 21 §. 3 D. h. t.

[4a] L. 11 pr. D. h. t. Anders wenn die Verfügung der Staatsgewalt erfolgt eben auf Grund der Mangelhaftigkeit des dem Käufer verschafften Rechts. Bekker S. 297 fg. (zu Seuff. Arch. X. 244).

men[5], oder von dem Käufer derelinquirt worden ist[6]. Daß Rechtsmangel der Grund des Besitzverlustes gewesen ist, steht bis auf Weiteres fest, wenn ein richterliches Urtheil den Rechtsmangel anerkannt, und in Folge davon dem Gegner den Besitz zugesprochen hat[7]; jedoch ist es dem Verkäufer unbenommen, den Gegenbeweis zu führen, daß das richterliche Urtheil ungerecht[8], oder in Folge nachlässiger Prozeßführung des Käufers gefällt worden sei[9]. Von der anderen Seite ist es nicht nothwendig, daß der Rechtsmangel gerade durch ein richterliches Urtheil constatirt worden sei; auch wenn der Käufer die Sache freiwillig herausgegeben hat, kann er sich seinen Entschädigungsanspruch durch den Nachweis sichern, daß bei der Unbezweifelbarkeit des Rechts des Dritten der Rechtsstreit überflüssig gewesen sein würde[10]. — Zur Sorgfalt der Prozeßführung, welche den Entschädigungsanspruch des Käufers bedingt, gehört namentlich auch Anzeige an den Verkäufer, damit ihn dieser bei dem Rechtsstreite unterstützen könne[11]; jedoch be-

---

5 L. 17 C. de A. E. V. 4. 49. — Wie wenn der Verkäufer selbst dem Käufer die Sache eigenmächtig wieder wegnimmt? Daß auch in diesem Falle die actio emti nicht begründet sei, erkannte das OAG. zu Rostock bei Seuff. Arch. XI. 27.

6 L. 76 D. h. t. Vgl. l. 25. 26 (Mommsen Beiträge II S. 151 Note 11) l. 51 §. 2 eod.

7 Auf diesen Fall ist der Ausdruck evictio berechnet. Es macht keinen Unterschied, ob der Käufer den Prozeß als Kläger oder Beklagter verloren hat. S. unten bei Nr. 3.

8 L. 51 pr. D. l. 8 i. f. l. 15 C. h. t., l. 1 C. de rer. perm. 4. 64; Vat. fr. §. 8. 10.

9 L. 55 pr. l. 63 §. 1. 2 D. l. 8 i. f. C. h. t, l. 29 §. 1 l. 66 pr. D. l. 19 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. I. 51.

10 Dieß wird nicht allgemein anerkannt, indem man sich beruft auf l. 56 §. 1 l. 17 C. h. t. S. aber l. 29 pr. D. h. t., l. 11 §. 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 13 §. 15 eod. Bekker a. a. O. S. 288 fg., Fuchs a. a. O. S. 29 fg., Liebe RLex. IV S. 813, Sintenis S. 632 Anm. 17, Keller S. 623; Seuff. Arch. XVI. 37. (Gegen die von Einigen der genannten Schriftsteller dabei gemachte Unterscheidung zwischen dem Anspruch aus der duplae stipulatio und der actio emti s. l. 11 §. 12 cit.). Der dem Käufer obliegende Beweis muß aber dem Verkäufer gegenüber geführt werden; es genügt nicht Berufung auf einen im Streite mit dem Dritten gefällten Schiedsspruch, wodurch dem Käufer die Sache aberkannt worden ist, l. 56 §. 1 D. h. t. — Vgl. noch l. 19 §. 3 D. de neg. gest. 3. 5.

11 Er muß dem Verkäufer „litem denuntiare". (In gleicher Bedeutung

raubt Unterlassung dieser Anzeige den Käufer des Entschädigungsanspruches nur dann, wenn der Verkäufer nachweisen kann, daß er in der Lage gewesen sein würde, dem Prozesse eine andere Wendung zu geben[12].

2. Der Rechtsmangel muß seinen Grund haben in der mangelhaften Verschaffung des Verkäufers[13]. Deßwegen haftet der Verkäufer nicht, wenn dem Käufer die Kaufsache auf Grund einer nach dem Verkaufe durch einen Dritten vollendeten Ersitzung, oder kraft einer Einrede aus der Person des Käufers entzogen wird[14]. Aber auch wenn der Rechtsmangel seinen Grund in der mangelhaften Verschaffung des Verkäufers wirklich hat, haftet dieser dennoch in dem Falle nicht, wo der Käufer Schuld daran ist, daß der Rechtsmangel nicht gehoben worden ist[15].

---

kommt „auctorem laudare" vor, l. 63 §. 1 D. h. t.). L. 53 §. 1. D. l. 8. 20 C. h. t., l. 49 l. 62 §. 1 D. l. 7. 9. 17. 23. 29 C. h. t. Die Form der Anzeige ist gleichgültig; heutzutage geschieht sie gewöhnlich durch Vermittelung des Gerichts der Hauptsache. Wetzell Civilproz. S. 42, Bayer Vorträge S. 146. 148. Die Anzeige muß so zeitig geschehen, daß der Verkäufer die Möglichkeit hat, alle ihm zu Gebote stehenden Rechtsbehelfe zu Gunsten des Käufers zu verwenden. L. 29 §. 1 D. h. t., l. 29 §. 3 D. de leg. III⁰ 32. Wetzell S. 41 Note 28. Unschädlich ist die Unterlassung der Anzeige, wenn der Verkäufer auf dieselbe verzichtet hat, oder sie wegen eines Hindernisses in seiner Person unmöglich ist, l. 63 pr. l. 55 §. 1 l. 56 §. 5. 6 D. h. t., l. 29 C. h. t. — Die bei * citirte Schrift von Fuchs behandelt die Litisdenuntiation hauptsächlich von der prozessualischen Seite.

[12] Gegen die absolute Nothwendigkeit der Denuntiation spricht außer der l. 53 §. 1 D. h. t. („idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset") namentlich, daß der Käufer ja nicht einmal unbedingt verpflichtet ist, überhaupt Prozeß zu führen (Note 10). S. Dernburg (d. ä.) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II. S. 24 fg., Fuchs S. 31 fg., Bekker S. 292 fg., und die von diesen Schriftstellern Citirten; Seuff. Arch. XVI. 37. Die herrschende Meinung verlangt aber im Falle unterlassener Anzeige vom Käufer wenigstens den Beweis, daß der Verkäufer den Verlust des Prozesses nicht würde haben abwenden können. Ich halte auch das nicht für gerechtfertigt. Durch die Unterlassung der Anzeige ist nichts constatirt, als die Nachlässigkeit der Prozeßführung von Seiten des Käufers; daß zwischen dieser Nachlässigkeit und dem Verlust des Prozesses ein Causalnexus bestehe, muß derjenige beweisen, der sich auf diesen Causalnexus beruft, der Verkäufer.

[13] L. 1 C. de peric. 4. 48, l. 11 pr. D. h. t.

[14] L. 27. 28 D. h. t.

[15] L. 56 §. 3 D. h. t. „Si cum posset usucapere emtor non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur; unde si evictus est servus, non tenetur venditor".

3. In Folge des Rechtsmangels muß dem Käufer das faktische Haben der Sache entzogen worden sein[16]. Ob dieß in der Weise geschehen ist, daß die Sache aus seinem Besitz gekommen, oder in der Weise, daß ihm das Wiederbekommen derselben unmöglich gemacht worden ist, ist gleichgültig[17]. Der Entziehung des Habens der Sache steht es gleich, wenn der Käufer, um das Haben der Sache sich zu erhalten oder wiederzuerlangen, eine Aufopferung hat machen müssen[18]. Darauf, von welcher Art das Recht ist, kraft dessen dem Käufer das Haben der Sache entzogen worden ist, kommt nichts an; dieses Recht kann sein[19]: Eigenthum[20], Dienstbarkeit[21], Emphyteuse[22], Superficies[22], Pfandrecht[23], ja auch ein persönlicher Anspruch, wie z. B. ein Theilungsanspruch[24], Noxalanspruch[25], Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[26], namentlich auch ein Besitzanspruch[27]. Durchsetzung einer Dienstbarkeit von der Art, daß durch dieselbe dem Käufer das Haben der Sache nicht entzogen wird, begründet für den Käufer

---

16 L. 21 §. 1 l. 35 D. h. t., l. 57 pr. eod. (der Verkäufer haftet nicht, wenn der Käufer zwar verurtheilt worden ist, aber der Sieger ohne Rechtsnachfolger stirbt, so daß das Urtheil nicht zur Vollstreckung gelangt).

17 L. 16 §. 1 D. h. t. „Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emtore conventus absolutus est“. Vgl. l. 29 §. 1 D. h. t.

18 L. 16 §. 1 cit.: — „vel damnatus est litis aestimatione“. L. 21 §. 2 eod.: — „neque enim habere licet eum, cuius si pretium non dedisset, ab adversario auferretur. Prope enim hunc ex secunda emtione, i. e. litis aestimatione, emtori habere licet, non ex pristina“. L. 29 pr. eod. (Note 10). Müller S. 96 fg.

19 Vgl. zum folgenden Müller §. 17—21.

20 S. z. B. l. 34 §. 2 D. h. t., vgl. l. 102 D. de V. O. 45. 1. Dem Eigenthum steht die bonae fidei possessio, insofern sie durchdringt, gleich.

21 L. 66 D. de contr. emt. 18. 1, l. 49 l. 62 §. 2 D. h. t.

22 Diese beiden Rechte werden in den Quellen zufälligerweise nicht genannt.

23 L. 34 §. 2 l. 35 l. 63 §. 1 D. h. t.

24 L. 34 §. 1 D. h. t.

25 L. 11 §. 12 D. de A. E. V. 19. 1; vgl. l. 45 §. 1 D. de leg. 1º 30.

26 L. 39 pr. l. 66 §. 1 D. h. t.

27 Jedoch war die Klage aus der duplae stipulatio in diesem Falle nicht begründet. L. 11 §. 13 l. 35 D. de A. E. V. 19. 1. L. 38 §. 3 D. de V. O. 45. 1 gehört nicht hierher (vgl. l. 66 pr. D. h. t.). Müller §. 21, Bekker S. 266—268.

einen Anspruch nicht[28]. Auf der anderen Seite ist Entwehrung in gleicher Weise vorhanden, mag dem Käufer das Haben der ganzen Sache, oder eines Theils derselben[29], oder auch nur einer Accession entzogen worden sein[30].

4. Wird das Haben der Sache nicht dem Käufer selbst entzogen, sondern demjenigen, an den dieser seinerseits weiter veräußert hat, so liegt darin eine Entwehrung auch für den Käufer

---

[28] Weder einen Evictionsanspruch, noch auch einen Anspruch wegen Mangelhaftigkeit der Sache (abgesehen natürlich von dem Fall der Arglist und der ausdrücklichen Zusicherung der Freiheit des Grundstücks, l. 59 D. de contr. emt. 18. 1, l. 75 D. h. t. [vgl. dazu l. 90 l. 169 D. de V. S. 50. 16], l. 1 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 69 §. 5 D. h. t.). Doch herrscht über das Letztere ein alter Streit, indem Andere auch ohne Arglist und ohne Zusicherung des Verkäufers die actio quanti minoris für begründet halten (s. namentlich Neustetel in sein. u. Zimmern's röm.-rechtl. Untersuchung. S. 216 fg., Gesterding Ausbeute VI S. 174 fg.), obgleich in der neueren Zeit die im Text vorgetragene Ansicht die herrschende werden zu wollen scheint; s. für dieselbe namentlich Müller S. 196 fg., H. Keller in Sell's Jahrb. III S. 97 fg., Vangerow §. 610 Anm. 3; auch Bekker S. 265 S. 278. 279 bekennt sich zu ihr. Die Beweise für diese Meinung sind enthalten in l. 59 D. de contr. emt. 18. 1 und l. 75 D. h. t. (zweifelhaft bleibt, ob auch l. 66 pr. D. de contr. emt. hierher gehört), Stellen, denen gegenüber l. 61 D. de aed. ed. 21. 1 und l. 15 §. 1 D. h. t., welche nur von dem Inhalt, nicht von den Voraussetzungen des Anspruchs wegen einer dem Käufer abgestrittenen Servitut handeln (die letztere überdieß erst nach einer, allerdings nahe liegenden, Emendation), nicht in Betracht kommen können. Das römische Recht geht davon aus, daß die Belastung eines Grundstücks mit Dienstbarkeiten etwas so Gewöhnliches sei, daß der Käufer auf dieselbe gefaßt sein, und wenn er wegen derselben einen Entschädigungsanspruch haben wolle, dieserhalb einen besonderen Vorbehalt machen müsse. Auch in Betreff obligatorischer Lasten wird unterschieden, ob der Käufer dieselben voraussehen konnte, oder nicht, l. 21 §. 1 l. 41 D. de A. E. V. 19. 1, vgl. l. 13 §. 6 eod., l. 9 C. eod. 4. 49. Bekker S. 276—279. Die Praxis schwankt. Seuff. Arch. III. 314, VII. 163, XI. 28. 221 Nr. I. 222, XII. 258, XIV. 127. 217.

[29] Bruchtheil: l. 1 l. 39 §. 2 D. h. t. Körperlicher Theil: l. 1 l. 64 §. 3 D. h. t. Bestandtheil: l. 23 §. 1 D. de usurp. 41. 3. Doch war in diesem letzten Falle die Klage aus der duplae stipulatio nicht begründet; ob auch in dem ersten der genannten Fälle nicht, bleibt zweifelhaft. L. 56 §. 2 l. 64 pr. — §. 2 D. h. t. Bekker S. 268.

[30] L. 8 D. h. t. Aber die duplae stipulatio verfiel auch in diesem Falle nicht, l. 42. 43. D. h. t.

dann, wenn er an dem Behalten des Dritten ein rechtliches Interesse hat[31].

5. Der Inhalt des Entwehrungsanspruchs[32] ist die Leistung des Interesse, welches der Käufer daran hat, daß die Entwehrung nicht geschehen sei[33]. Das Interesse wird bestimmt mit Rücksicht auf die Zeit der Entwehrung[34]; abgezogen wird, was der Käufer

---

[31] Z. B. der Käufer hat weiter verkauft, l. 39 §. 1 l. 61 D. h. t. (über l. 33 D. h. t. vgl. mit Müller S. 115 fg. Bekker S. 234); er hat als Ehefrau oder Vater der Ehefrau die Sache zur Dos gegeben, l. 22 §. 1 D. h. t., l. 75 D. de I. D. 23. 3, l. 71 D. h. t. Vgl. zu l. 71 cit. §. 251 Note 3, und über den Fall der Dotalbestellung überhaupt Müller S. 137 fg., Bechmann röm. Dotalrecht S. 134 fg. Anders, wenn der Käufer die Sache verschenkt hat, l. 131 §. 1 D. de V. O. 45. 1.

[32] Bekker a. a. O. S. 231 fg. S. 301 fg. streitet mit großer Lebhaftigkeit für den unzweifelhaft richtigen Satz, daß der Entwehrungsanspruch nichts sei, als ein Anspruch auf Erfüllung, bez. Leistung des Interesse wegen Nichterfüllung; durch die Entwehrung werde nicht sowohl ein neuer Anspruch begründet, als vielmehr herausgestellt, daß der dem Käufer aus dem Kaufe erwachsene Anspruch unerfüllt sei. Wenn aber Bekker diesen Gedanken dahin ausbildet, daß durch die Entwehrung das von dem Verkäufer beschaffte tradere als eine „Scheinleistung" aufgewiesen werde, so scheint mir das keine glückliche Auffassung zu sein, und durch die gelegentliche Aeußerung der l. 3 pr. D. de A. E. V. 19. 1 (ob auch l. 33 D. h. t. hierher gehört, muß doch dahin gestellt bleiben) keineswegs bewiesen zu werden. Bei Obligationen auf Eigenthumsübertragung ist allerdings das tradere, welches nicht Eigenthum schafft, bloß Scheinleistung; der Verkäufer dagegen ist nur verpflichtet, zu bewirken, daß der Käufer die Sache faktisch habe, und diese Verpflichtung erfüllt er durch das tradere nicht scheinbar, sondern wirklich, freilich nur für den Augenblick, nicht auch für die Zukunft.

[33] L. 8 D. l. 23. 25. 29 C. h. t. Seuff. Arch. V. 122. Daß nicht Rückgabe des Kaufpreises als solche den Gegenstand des Anspruchs bilde, sagen ausdrücklich l. 60 l. 66 §. 3 l. 70 D. l. 23 C. h. t. Vgl. übrigens Seuff. Arch. V. 122. 268; dazu Bekker S. 321. Ebensowenig thut der Verkäufer durch Wiederverschaffung der Sache genug, wenn das Interesse des Käufers weiter geht, l. 67 D. h. t. Ersatz von Verwendungen: l. 9 l. 16 C. l. 43. 44. 45 pr. §. 1 D. de A. E. V. 19. 1. Ersatz von Schäden: l. 17 C. h. t. (Im Besonderen Ersatz der Kosten des Evictionsprozesses: Bekker S. 309). Beschränkung der Interesseforderung auf das Doppelte des Werthes der Sache nach der allgemeinen Regel der l. un. C. de sentent. quae pro eo 7. 47 (§. 258 Note 9) und nach l. 44 D. de A. E. V. 19. 1. Besonderes Recht des Verkaufs in Folge richterlicher Pfändung: l. 74 §. 1 D. h. t. (vgl. I §. 233 Note 3 und 4). — Seuff. Arch. V. 122. 267. 268. 269.

[34] L. 45 pr. D. de A. E. V. 19. 1, l. 66 §. 3 l. 70 D. h. t. Vgl.

seinerseits von der Sache gewonnen hat[35]. Wird ein Theil entwehrt, so ist das Interesse natürlich mit Rücksicht auf den besonderen Werth gerade dieses Theils zu bestimmen[36]; wird von mehreren zusammen verkauften Sachen Eine entwehrt, so ist für diese Ersatz zu geben, ohne daß sich der Verkäufer auf den Mehrwerth der nicht entwehrten berufen könnte[37]. Beim Kaufe generisch bestimmter Sachen kann der Verkäufer nach seiner Wahl entweder sein Interesse, oder Lieferung einer andern Sache fordern[37a].

Bekker S. 308, Sintenis Anm. 168. Dagegen kam es bei der duplae stipulatio auf spätere Verbesserung oder Verschlechterung der Kaufsache nicht an, l. 64 pr. l. 13 D. h. t. (Freilich passen dazu nicht l. 64 §. 1. 2 l. 15 D. eod. Bekker S. 273. 309). Ist dieser römische Grundsatz auch heutzutage noch anwendbar, wenn etwa für den Fall der Entwehrung eine bestimmte Schadensersatzsumme versprochen sein sollte? Bejahend beantwortet von Arndts §. 303 zu Anm. 9, Sintenis S. 625. 626. Ueber l. 64 §. 1. 2 citt. s. noch Bekker S. 274—276, Vangerow §. 610 Anm. 1 und die das. Citirten.

35 L. 16 C. h. t., vgl. l. 74 §. 1 D. h. t.

36 L. 1 l. 45 D. h. t. Auch bei der duplae stipulatio wurde der zu leistende Theil der dupla mit Rücksicht auf den besonderen Werth des entwehrten Theils berechnet (l. 64 §. 3 D. h. t.), mit Ausnahme jedoch des Falles, wenn der Preis nicht im Ganzen, sondern auf So und So viel für eine Maßeinheit bestimmt war (l. 53 pr. eod.).

37 L. 37 l. 72 D. h. t. L. 42 D. de A. E. V. 19. 1 darf nicht hierher bezogen werden; sie sagt nur, daß, wenn sich bei der einen verkauften Sache ein Mangel an der zugesagten Quantität finde, auf dasjenige, worum die andere die zugesagte Quantität überschreite, billige Rücksicht genommen werden müsse.

37a Der Verkäufer kann einerseits den Käufer bei der von demselben abgegebenen Erklärung: daß der Verkäufer diese bestimmte Sache haben solle, festhalten; er kann aber andererseits auch dabei stehen bleiben, daß seine Forderung unerfüllt sei, und daher Erfüllung derselben nach ihrem ursprünglichen Inhalt verlangen. — Diese Wahl steht ihm jedenfalls nach heutigem Recht zu, während es für das römische Recht sehr zweifelhaft bleibt, ob er nicht auf die zweite Alternative beschränkt war. Die Frage ist näher die: ob nach römischem Recht die in der Hingabe einer bestimmten Sache liegende Willenserklärung für den Käufer ebenso bindend war, wie sie es nach heutigem Recht ist. Nicht bindend war die betreffende Willenserklärung für den Vermächtniß- und Stipulationsschuldner (l. 58 D. h. t., l. 29 §. 3 D. de leg. III⁰ 32, l. 72 §. 5 D. de sol. 46. 3), und es leuchtet nicht ein, warum die bonae fidei-Natur des Kaufes hier einen Unterschied hätte machen sollen. Vgl. §. 366 Note 8.

6. Ein Entwehrungsanspruch ist nicht begründet, wenn der Käufer darauf verzichtet[38], oder wenn er das mangelhafte Recht des Verkäufers beim Verkaufe gekannt hat[39]; ferner nicht bei Verkäufen, die Jemand während des Spiels macht, um weiter spielen zu können[40].

§. 392.

Eine Verpflichtung wegen Entwehrung kommt nicht bloß beim Kaufvertrag vor; sie findet ferner in allen Fällen Statt, wo Jemand verpflichtet ist, Eigenthum oder ein anderes Recht an einer Sache, welches Anspruch auf das Haben der Sache gibt, zu verschaffen[1]. Nur beschränkt sich hier die Verpflichtung des Schuldners nicht auf den Fall der Entwehrung, sondern der Schuldner haftet sofort, sobald es feststeht, daß er das zu verschaffende Recht nicht, oder nicht so verschafft hat, daß kraft desselben das Haben und Behalten der Sache möglich ist[2]. Daß

---

38 S. g. pactum de non praestanda evictione. L. 21 C. l. 69 pr. D. h. t. Dasselbe hilft aber nicht dem arglistigen Verkäufer. L. 6 §. 9 l. 11 §. 15. 18 D. de A. E. V. 19. 1, l. 69 §. 5 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. XVII. 24. Sodann: ist nicht ein solcher Vertrag im Zweifel dahin zu verstehen, daß der Verkäufer zwar nicht gehalten sein solle, dem Käufer sein Interesse zu leisten, aber immerhin gehalten sein solle, den Kaufpreis zurückzugeben? Von dieser Frage handelt l. 11 §. 18 cit. Die jetzt herrschende Auffassung dieser Stelle ist die, daß sie die aufgeworfene Frage verneint. Vgl. namentlich Vangerow §. 610 Anm. 4; andererseits Puchta Vorles. zu §. 362.

39 L. 18. 27 C. h. t., l. 7 C. comm. utr. iud. 3. 38. Singuläre Bestimmungen in l. 3 §. 4 D. comm. de leg. 6. 43 und Nov. 7 c. 5. Vangerow §. 610 Anm. 5. Seuff. Arch. VII. 297, IX. 278.

40 L. 2 §. 1 D. quar. rer. actio 44. 5.

1 Vgl. z. B. l. 131 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 27 D. de sol. 46. 3 (vv. *ius quoddam cautionis*). §. 392.

2 L. 20 l. 27 D. de sol. 46. 3. Vgl. l. 69 eod. „Si hominem, in quo ususfructus alienus est, vel qui erat pignori Titio obligatus, noxae dedisti, poterit is, cui condemnatus es, tecum agere iudicati, nec exspectabimus, ut creditor evincat". — Bekker S. 258. 265 ist der Meinung, daß die Verpflichtung zur Eigenthumsverschaffung nicht immer, oder doch nicht in jeder Beziehung den Inhalt habe, daß dem Gläubiger ein Eigenthum verschafft werden müsse, welches ihm auch das habere licere gewähre. Er beruft sich auf l. 2 D. de rer. perm. 19. 4. Aus dieser Stelle kann nur das „furtis noxisque solutum" in Betracht kommen; durch l. 72 §. 5 D. de solut. 46. 3 wird aber bewiesen, daß,

Jemand lediglich für Entwehrung haftet, kommt nur beim Kauf vor[3]; dadurch rechtfertigt sich die hier festgehaltene Stellung der Entwehrungslehre[4].

---

wer zum dare eines Sclaven verpflichtet ist, seiner Verpflichtung durch die Leistung eines servus nondum noxa solutus nicht genügt.

[3] Nicht auch bei kaufähnlichen Geschäften (l. 15 D. quib. ex caus. in po. 42. 4, l. 4 §. 31 D. de doli exc. 44. 4)? Daß beim Tausch für Eigenthumsverschaffung gehaftet werde, ist in den Quellen ausdrücklich anerkannt (§. 398 Note 4). Was die Leistung an Zahlungsstatt angeht, so ist in Betreff derselben von Verhaftung wegen Eviction die Rede in l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 4 C. h. t. Von der anderen Seite geht die Willenserklärung des Leistenden auf Eigenthumsverschaffung; denn nur durch Eigenthumsverschaffung befreit er sich, §. 342 Note 5. 6, l. 46 §. 1 D. de sol. 46. 3 („tunc enim res pro re soluta liberationem parit, quum pro solido facta est suscipientis"). Aber aus dieser Willenserklärung als solcher konnte für ihn nach römischem Recht keine Verbindlichkeit entstehen, wegen Mangels der Form; für das römische Recht blieb nichts Anderes übrig, als die Kaufähnlichkeit des Geschäftes hervorzukehren, und also eine utilis ex emto actio (l. 24 pr. cit., s. auch l. 4 C. cit.) zu geben. Nach heutigem Recht ist die Willenserklärung des an Zahlungsstatt Leistenden („du sollst Eigenthümer dieser Sache werden"), als solche verbindlich, und daher kann Erfüllung derselben nach ihrem Inhalt gefordert werden (vgl. §. 366 Note 8, §. 391 Note 37[a]). Hiernach ist das oben II. 1 S. 259 Gesagte zu ergänzen und zu berichtigen. Vgl. auch Römer Leistung an Erfüllungsstatt S. 67. 83. — Wie ist es bei der Theilung? Von der Verhaftung wegen Eviction reden l. 66 §. 3 D. h. t., l. 14 C. fam. herc. 3. 36, l. 7 C. comm. div. 3. 37. Doch wird es nicht unerlaubt sein, die Grundsätze vom Tausch in den Fällen in Anwendung zu bringen, wo für die fragliche Sache nicht Geld, sondern eine andere Sache gegeben worden ist, vgl. l. 20 §. 3 i. f. D. fam. herc. 10. 2, l. 77 §. 18 D. de leg. II° 31. — Wird nicht auch aus dem Miethvertrag wegen Entwehrung gehaftet? Dafür Bekker S. 243 fg.; dawider Müller S. 123 fg. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Miether bloß zur Gewährung des Gebrauchs der Sache verpflichtet ist; aber kann man sagen, daß der Miether „evictionem patitur", wenn ihm das Haben der Sache von einem Dritten entzogen wird? L. 19 pr. D. loc. 19. 2 beweist dafür nicht; die evictio, von welcher diese Stelle redet, kann füglich von einer Eviction des Vermiethers verstanden werden.

[4] Andere stellen sie in den, ohnehin schon hinlänglich beschwerten, allgemeinen Theil des Obligationenrechts, so z. B. Unterholzner, Seuffert, Vangerow. Auch Bekker behandelt sie als allgemeine Lehre.

cc. Haftung des Verkäufers wegen der Beschaffenheit der Kaufsache.

αα. Sie hat Mängel *.

§. 393.

Wegen der Mängel der Kaufsache haftet der Verkäufer [1]: 1) wenn er ihre Abwesenheit versprochen hat [2]; 2) wenn er sie

* Dig. 21. 1 de aedilicio edicto et redhibitoria et quanti minoris. Cod. 4. 58 de aediliciis actionibus. — Neustetel in sein. und Zimmern's römischrechtl. Untersuchungen Nr. 9 (1821). Unterholzner Arch. f. civ. Pr. VI. 3 (1823). Gesterding Ausbeute von Nachforschungen VI. 2 Nr. 1 (1838; mit unbedeutenden Aenderungen wieder abgedruckt Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI. 1). H. Keller in Sell's Jahrb. III. 4 (1844). Hoffmann Arch. f. prakt. RW. IV S. 177—199 (namentlich über die Bestimmungen der deutschen Particularrechte). Glück XX S. 1—168; Unterholzner II S. 263—279, Sintenis II S. 606—622, Vangerow III §. 609 Anm., Thöl Handelsr. I §. 82—85. §. 393.

[1] Die Verhaftung des Verkäufers wegen der Mängel der Kaufsache beruht für das römische Recht: a) auf den Vorschriften des Civilrechts; b) auf den weiter gehenden Sätzen des Edicts der curulischen Aedilen. Nach Civilrecht haftete der Verkäufer nicht, wenn er nicht die Mängel arglistig verschwiegen, oder ihre Abwesenheit versprochen hatte; das Edict der Aedilen kehrte die Regel um, und sagte, der Verkäufer hafte für die Mängel immer, wenn er ihre Anwesenheit dem Käufer nicht ausdrücklich angezeigt habe (l. 1 §. 1 l. 38 pr. D. h. t.). Das Edict der Aedilen bezog sich zwar nur auf den Verkauf von Sclaven und Vieh (pecus); aber es ist durch die Jurisprudenz auf alle anderen Arten körperlicher Sachen ausgedehnt worden (l. 1 pr. l. 48 §. 6 l. 49 l. 63 D. l. 4 C. h. t.). Ueber und gegen die abweichende Ansicht, welche in dieser Beziehung Gans im Arch. f. civ. Pr. II. 9 aufgestellt hat, welche aber ohne alle Nachfolge geblieben ist, s. Thibaut das. V S. 350 fg., Unterholzner Arch. S. 76 fg. S. 97—101, Keller S. 121—123, Vangerow S. 327; über eine andere abweichende Ansicht von Busch s. unt. Note 4. Wenn in l. 13 pr. §. 1 D. de A. E. V. 19. 1 (über l. 6 §. 4 eod. s. Note 2 a. E.) bloß auf Grund des Vorhandenseins nicht angezeigter Mängel auch die actio emti gegeben wird, so soll damit nur gesagt sein, daß mit der actio emti (auf Grund der Formelconception: quidquid paret N^m N^m A^0 A^0 dare facere oportere ex fide bona) auch der Inhalt des aedilicischen Rechts geltend gemacht werden könne. Unterholzner Arch. S. 109 fg., Keller S. 93 fg. S. 140 fg., Windscheid Voraussetzung S. 112 fg., Vangerow S. 324, Sintenis Anm. 79 u. 99, Schliemann Haftung des Cedenten S. 132—136; a. M. Neustetel S. 160 fg., s. auch Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 185.

[2] Natürlich schon nach Civilrecht, l. 6 §. 4 l. 13 §. 3 D. de A. E. V.

gekannt und arglistigerweise verschwiegen hat [3]; 3) wenn er sie nicht gekannt hat, dann [4], wenn sie so erheblich sind, daß sie den Gebrauch der Sache beeinträchtigen [5], und nicht so offenkundig, daß sie dem Käufer in die Augen fallen mußten [6]. In den beiden ersten Fällen haftet der Verkäufer auf das Interesse des

---

19. 1. Aber auch nach dem aedilicischen Edict, l. 1 §. 1 l. 17 §. 20 l. 18 pr. l. 38 §. 10 l. 52 D. h. t. — In einer Anpreisung der Sache zum Zwecke ihrer Empfehlung liegt noch nicht die Uebernahme der Garantie für ihre Fehlerlosigkeit. L. 19 §. 3 D. h. t. „Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, quae sic dicuntur, ut praestentur, non ut iactentur". L. 19 §. 1. 2 eod. Es kann aber der Verkäufer, welcher durch eine solche Anpreisung den Käufer verleitet hat, möglicherweise wegen Betrugs in Anspruch genommen werden, l. 37 D. de dolo 4. 3. Vgl. Seuff. Arch. XVIII. 237. — Das Versprechen der Abwesenheit des Mangels kann auch stillschweigend gegeben werden. L. 6 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1, vgl. l. 19 §. 1 D. loc. 19. 2. Seuff. Arch. VII. 31 S. 42; vgl. aber auch XVI. 181.

[3] Natürlich schon nach Civilrecht, vgl. l. 11 §. 5 l. 13 pr. § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 35 §. 8 D. de contr. emt. 18. 1. Aber auch diese Bestimmung haben die Aedilen wiederholt, l. 1 §. 1 i. f. D. h. t. Dem Arglistigen hilft nicht einmal der Vertrag, daß er für Fehlerhaftigkeit der Sache nicht solle einzustehen haben, l. 14 §. 9 D. h. t.

[4] Dieß ist die aedilicische Neuerung L. 1 §. 1 l. 38 pr. §. 5 D. h. t. L. 1 §. 2 eod.: — „dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere". Auch ob die Unwissenheit des Verkäufers entschuldbar ist, oder nicht, ist gleichgültig. Busch Arch. f. civ. Pr. XXVI. 9 hat die Behauptung aufgestellt, daß Entschuldbarkeit der Unwissenheit den Verkäufer in allen nicht durch den Wortlaut des Edicts vorgesehenen Fällen (Sclaven- und Viehhandel) von der Verhaftung entbinde; s. dagegen Keller in Sell's Jahrb. III. 10, Vangerow S. 328.

[5] L. 1 §. 8 l. 10 pr. D. h. t. Nähere Ausführung in Betreff von Sclaven in l. 4 §. 6 — l. 15 D. h. t., in Betreff von Thieren in l. 38 §. 3 §. 7 — 9 eod. Animi vitia kamen bei Sclaven überhaupt nur dann in Betracht, wenn sie zu den im Edict speziell aufgezählten gehörten, l. 1 §. 9 — l. 4 §. 4 l. 65 D. h. t. Bei Thieren gelten animi vitia als physische Mängel, l. 38 §. 8. 9 l. 43 pr. D. h. t., vgl. l. 4 §. 3 eod. Unterholzner Arch. S. 70 Note 27, Keller S. 127 fg. (gegen Neustetel S. 233 fg.). Seuff. Arch. V. 155, X. 29, XII. 137. XV. 115.

[6] L. 14 §. 10 D. h. t.: — „ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit". L. 1 §. 6 l. 48 §. 4 eod. Der Maßstab, mit welchem gemessen wird, ist der Maßstab des gewöhnlichen Mannes, nicht der Maßstab des Kenners. Gesterding Arch. f. civ. Pr. IV S. 18—22, Thöl S. 482. Seuff. Arch. V. 155, VII. 295, X. 29.

Käufers[7]; im ersten Falle kann der Käufer außerdem ohne Weiteres Rücknahme der Sache verlangen, ohne erst beweisen zu müssen, daß sein Interesse gerade hierauf gehe[8]. In dem letzten Falle hat der Käufer die Wahl, ob er Herabsetzung des Preises verlangen[9], oder ob er die Sache zurückgeben will[10]; einen Anspruch auf weiteres Interesse hat er nicht[11]. Der Anspruch auf

7 L. 6 §. 4 l. 13 pr. §. 1—3 D. de A. E. V. 19. 1. Das Interesse des Käufers kann auch darin bestehen, daß der Verkäufer die Sache gegen Erstattung des Kaufpreises zurücknehme, l. 11 §. 3. 5 D. de A. E. V. 19. 1, vgl. l. 43 §. 6 D. h. t., l. 25 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Keller S. 154 fg.

8 Der Käufer kann „redhibere" rem (l. 21 pr. h. t.: „Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata, quasi redditio"), er hat die actio redhibitoria, — gemäß der Vorschrift des aedilicischen Edicts, welche diese Befugniß ausdrücklich auch für den Fall gewährt hatte, wo die Kaufsache nicht in Uebereinstimmung mit dem „dictum promissumve" sei, l. 1 §. 1 l. 18 pr. l. 38 §. 10 D. h. t. Seuff. Arch. XI. 222. Nicht minder ist in diesem Fall auch die aedilicische Klage auf Preisminderung begründet (l. 18 pr. h. t.); aber diese gewährt dem Käufer nichts Neues, da der Käufer Preisminderung auch mit der actio emti auf das Interesse erlangen kann. — Auch der Fall der Arglist ist im aedilicischen Edict vorgesehen, aber nur mit den Worten: „Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus" (l. 1 §. 1 i. f. D. h. t.), ohne daß bezeugt wäre, daß dieses iudicium einen andern Inhalt gehabt habe, als die civilrechtliche actio emti. S. auch l. 37 D. de dolo 4. 3. Neustetel S. 184 S. 199, Sintenis S. 612 in der Anmerkung.

9 Actio aestimatoria oder quanti minoris.

10 Diese Wahl gab ihm das aedilicische Edict. L. 18 pr. l. 38 pr. l. 43 §. 6 D. h. t., l. 25 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Die früher herrschende Meinung, daß die actio redhibitoria nur wegen Hauptmängel, nicht wegen Nebenmängel, begründet sei, ist jetzt aufgegeben. Gegen dieselbe Feuerbach civilistische Versuche Nr. 2, Neustetel S. 245 fg., Unterholzner Arch. S. 88. — Kann der Verkäufer der Auflösung des Vertrages dadurch entgehen, daß er den Mangel nachträglich verbessert? Verneint für die Zeit nach der Litiscontestation bei Seuff. Arch. XV. 116.

11 Seuff. Arch. IV. 25, X. 32. Hier liegt der Unterschied zwischen der aedilicischen actio quanti minoris und der actio emti auf Preisminderung. Jene geht nur auf Preisminderung, diese auf Preisminderung, weil gerade Preisminderung im Interesse des Käufers liegt, während derselbe auch Leistung jedes anderen Interesse, welches im gegebenen Fall begründet ist, verlangen kann. Ueber und gegen die Auffassung Neustetel's, welcher die actio quanti minoris für eine ursprünglich civilrechtliche Klage hält, f. Note 1 a. E.

Preisminderung verjährt in einem Jahr, der auf Rücknahme in sechs Monaten[12], der auf Leistung des Interesse in der gewöhnlichen Frist[13].

§. 394.

Zu dem Gesagten ist noch folgendes Nähere zu bemerken.

1. Der Anspruch auf Preisminderung geht eben auf Minderung des Kaufpreises, d. h. der gerade bei diesem Kaufe vereinbarten Kaufsumme. Er geht nicht auf Ersatz des Minderwerthes, welchen die Sache wegen des Mangels nach objectiver Schätzung hat[1]. Sind mehrere Sachen um Einen Preis verkauft

---

[12] L. 38 pr. l 19 §. 6 l. 48 §. 2 l. 55 D. l. 2 C. h. t., l. 25 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Die Zeit wird utiliter berechnet, l. 19 § 6 l. 55 citt. Seuff. Arch. X. 31. Diese kurze Verjährung bezieht sich aber nur auf die actio quanti minoris und redhibitoria als solche, nicht auf die actio emti, wenn mit dieser Preisminderung oder Rücknahme der Sache als Gegenstand des Interesse gefordert wird. Dagegen bezieht sie sich allerdings auf die actio emti, wenn durch diese nur das aedilicische Recht selbst geltend gemacht wird. S. Note 1 a. E. und Unterholzner Arch. S. 103. 104, Keller S. 163, Vangerow S. 325, Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 259 fg., Seuff. Arch. X. 30. Für das römische Recht ist in dieser Beziehung nicht ohne Zweifel Sintenis S. 613 in der Anmerkung.

[13] Das HGB. Art. 349. 350 unterwirft alle Ansprüche wegen der Mängel der Kaufsache, nur nicht die aus dem Betruge, einer sechsmonatlichen Verjährung.

§ 394. [1] Wer eine Sache, die ohne den Mangel 10 werth gewesen wäre, um 20 gekauft hat, bekommt, wenn die Sache in Folge des Mangels nur 5 werth ist, 10 zurück (die Hälfte des Kaufpreises), nicht 5. Wer eine Sache, die ohne den Mangel 20 werth gewesen sein würde, um 10 gekauft hat, bekommt, wenn sie in Folge des Mangels nur 10 werth ist, 5 zurück (die Hälfte des Kaufpreises), nicht 10. Die Quellen gehen auf diesen Gegensatz nicht ein; sie setzen Uebereinstimmung des Kaufpreises mit dem wahren Werth der Sache voraus. In Folge davon sagen sie sowohl, daß der Käufer zurückbekomme, quanto minoris res fuerit (l. 38 pr. §. 13 D. h. t., l. 25 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2), als daß er zurückbekomme, quanto minoris emturus fuerit (l. 13 pr. §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 32 §. 1 D. de evict. 21. 2). — Noch unrichtiger wäre es, wenn man sagen wollte, daß der Anspruch des Käufers auf die Differenz zwischen dem wirklichen Werth und dem Kaufpreise gehe, wornach in dem ersten der eben bezeichneten Fälle der Käufer 15 erhalten würde, im zweiten gar nichts. Es hieße das, den Parteien gestatten, bei Gelegenheit des Anspruchs auf Preisminderung sich zugleich für den Schaden zu erholen, welchen sie durch zu theuren Kauf oder durch zu wohlfeilen Verkauf erlitten haben. Vgl. über

worden, so ist der Preis nicht auf alle gleich zu vertheilen, sondern der auf jede fallende Theil des Preises nach Verhältniß ihres Werthes zu bestimmen [1a].

2. Gibt der Käufer die Sache zurück, so müssen beide Parteien in denselben Zustand zurückversetzt werden, in welchem sie sein würden, wenn der Kaufvertrag nie abgeschlossen worden wäre [2]. Demnach muß der Käufer die Kaufsache zurückgeben: a) mit allen ihren Accessionen, nicht bloß mit denjenigen, mit welchen er sie selbst erhalten hat, sondern auch mit denjenigen, welche später zu ihr hinzugetreten sind [3]; b) mit allen Früchten, welche er von der Sache gezogen hat, oder bei gehöriger Sorgfalt hätte ziehen können, ebenso mit allem sonst von der Sache gemachten Erwerb [4]; c) in demselben Zustand, in welchem er sie erhalten hat, oder mit Ersatz für die durch seine Schuld eingetretenen Verschlechterungen [5]. Andererseits ist der Verkäufer verpflichtet: a) zur Rückgabe des Kaufpreises [6] mit Zinsen [7]; b) zur Erstattung der Aus-

---

die verschiedenen Meinungen Hoffmann Arch. f. prakt. RW. IV. S. 181 fg., Bähr das. VII S. 67 fg., Brinz S. 493, Sintenis S. 618 Text und Anm. 120. 122, auch die Citate bei Seuffert §. 266 Note 2a. Seuff. Arch. XVIII. 124. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 250 fg. S. 258 fg.

1a L. 36 l. 64 D. h. t. Vgl. Sintenis Anm. 22. Es ist aber auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob nicht durch die Fehlerhaftigkeit der einen Sache zugleich der Werth der anderen gemindert wird. L. 38 §. 13 D. h. t.

2 L. 23 §. 1 D. h. t.: — „ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam haberet, si venditio facta non esset". L. 23 §. 7 D. h. t. „Iulianus ait, iudicium redhibitoriae actionis utrumque, i. e. venditorem et emtorem, quodammodo in integrum restituere debere". L. 60 D. h. t., l. 13 §. 2 D. de acq. poss. 41. 2. Aber: „cum . . servus, quem emi traditusque mihi est, a me redhibeatur, non est in ea causa, ut perinde habeatur, atque si meus nunquam fuisset; sed et fuit et desiit", l. 17 §. 2 D. de furtis 47. 2. Unterholzner Arch. S. 91 fg., Gesterding Ausbeute S. 33 fg., Zeitschr. S. 21 fg., Mommsen Beiträge II S. 34—36, Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 17.

3 L. 1 §. 1 l. 23 §. 1 l. 31 §. 3. 4 l. 33 §. 1 D. h. t.

4 L. 1 §. 1 l. 23 §. 9 l. 24 l. 31 §. 2 D. h. t.

5 Die Verschlechterung kann eine factische sein; davon l. 1 §. 1 l. 23 pr. l. 25 pr. — §. 8 l. 31 §. 9 D. h. t. Sie kann auch eine juristische sein, wenn nämlich der Käufer dingliche Lasten auf die Sache gelegt hat; der Käufer muß dieselben ablösen oder Ersatz dafür geben (sie hören nicht etwa von selbst auf). L. 21 §. 1 l. 43 §. 8 D. h. t., l. 4 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6.

6 L. 25 §. 10 l. 26 D. h. t. — 7 L. 27 l. 29 §. 2 D. h. t.

lagen, welche der Käufer wegen des Kaufes gemacht hat, vorausgesetzt, daß auch der Verkäufer sie gemacht haben würde [8]; c) zum Ersatz des dem Käufer durch die Sache verursachten Schadens [9]; — so jedoch, daß der Verkäufer sich von jeder weiteren Leistung als der des Kaufpreises und der Zinsen dadurch befreien kann, daß er dem Käufer die Sache läßt [10]. Erfüllt der Verkäufer seine Verbindlichkeiten bis zum Urtheil nicht, obgleich der Käufer zur Leistung des ihm Obliegenden bereit ist, so wird er auf das Doppelte verurtheilt [11]. Ist die Kaufsache ohne Schuld des Käufers untergegangen oder demselben abhanden gekommen, so muß der Verkäufer die ihm obliegenden Leistungen machen, ohne seinerseits etwas zu erhalten; im Fall der Schuld des Käufers kann er von demselben Ersatz verlangen [12]. Wenn der Käufer sich freiwillig der Sache entäußert, so verliert er das Recht auf Zurücknahme [12a]. — Ist von mehreren zusammen verkauften Sachen Eine fehlerhaft, so erstreckt sich die Pflicht der Rücknahme und Rückgabe auf alle, wenn sie als ein Ganzes verkauft worden sind, oder wenn ihre Trennung nicht füglich geschehen kann [13]. Wird nur Eine

---

[8] L. 27 l. 29 §. 3 l. 30 D. h. t. Kein Ersatz für die Ernährung eines Sclaven (Thieres), weil der Käufer auch keinen Ersatz für den Gebrauch desselben gibt, l. 30 §. 1 D. h. t. Seuff. Arch. V. 120.

[9] L. 23 §. 8 l. 29 pr. l. 31 pr. l. 58 pr. D. h. t. — Abgesehen von der Redhibition hat der Käufer einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die mangelhafte Beschaffenheit der Sache erwachsenen Schadens nur dann, wenn den Verkäufer eine Schuld trifft. - Seuff. Arch. VII. 25. 170, XVI. 181.

[10] L. 23 §. 8 l. 29 §. 3 l. 58 pr. §. 1 D. h. t.

[11] L. 45 D. h. t. Vgl. §. 263 Note 11. 15. — Hat der Verkäufer die Sache einmal zurückgenommen, so muß er Alles leisten, was mit der actio redhibitoria von ihm verlangt werden kann, ohne daß er noch darüber streiten dürfte, ob auch wirklich ein Redhibitionsfall vorliege. L. 31 §. 17 D. h. t.

[12] L. 31 §. 6 §. 11—15 l. 38 §. 3 l. 44 §. 2 l. 47 §. 1 l. 48 D. h. t. Gesterding Ausbeute S. 48 fg., Zeitschr. S. 34 fg.

[12a] Er gewinnt es aber wieder, sobald er sich wieder in der Lage befindet, die Kaufsache zurückgeben zu können. L. 43 §. 8 D. h. t. Anders nur, wenn er die Veräußerung in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit vorgenommen hat, worin ein Verzicht auf die Geltendmachung derselben liegt. L. 47 pr. h. t. Gesterding Zeitschr. S. 40 fg. Seuff. Arch. II. 24. 170, VII. 296, X. 149, XVI. 106. Die sonstigen Ansprüche aus der Fehlerhaftigkeit der Sache schließt die Entäußerung, wenn nicht ein Verzicht in derselben enthalten ist, nicht aus. Seuff. Arch. III. 27. 28, V. 269, VII. 296, X. 255. — Vgl. auch XVIII. 127.

[13] L. 38 pr. §. 12. 14 l. 39. 40 l. 34. 35 l. 59 §. 1 D. h. t. L. 35

zurückgegeben, und alle sind um Einen Preis verkauft, so ist der auf sie fallende Theil des Preises in der zuvor bezeichneten Weise (Nr. 1 a. E.) zu bestimmen [14].

3. Die Ansprüche auf Preisminderung und auf Rücknahme wegen nicht angezeigter Mängel fallen weg bei fiscalischen Verkäufen [15]; bloß der Anspruch auf Rücknahme fällt weg bei Verkäufen unbedeutender Sachen [16].

4. Neben dem Anspruch auf Preisminderung und Rückgabe hat der Käufer noch das Recht, von dem Verkäufer zu verlangen, daß derselbe durch ein besonderes Versprechen die Abwesenheit der Mängel, durch welche jene Ansprüche begründet werden, garantire. Leistet der Verkäufer dieses Versprechen nicht, so kann der Käufer, auch wenn sich noch keine Mängel gezeigt haben, binnen zwei Monaten Rücknahme der Sache, binnen sechs Monaten sein Interesse verlangen [17].

---

cit.: — „si separari non possint sine magno incommodo vel ad pietatis rationem offensam. Quid enim, si filio retento parentes redhiberi maluerint vel contra? Quod et in fratribus et in personis contubernio sibi coniunctis observari oportet". Vgl. über diese Frage Gesterding Ausbeute S. 58 fg., Zeitschr. S. 42 fg., Sintenis Anm. 118; ferner den Aufsatz von Fick im Archiv für deutsches Wechselr. und Handelsr. VIII Nr. 2 und 4, namentlich S. 129 fg., und dazu Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. III S. 305. Seuff. Arch. IV. 24, XII. 234, vgl. V. 121.

14 S. Note 1a und die daselbst cirten Stellen.

15 L. 1 §. 3 D. h. t. Vgl. l. 1 §. 4. 5 eod.

16 L. 48 §. 8 D. h. t.. „Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est". Ueber den Ausdruck s. Glück XX S. 45. 46.

17 L. 28 D. h. t., l. 16 §. 2 l. 31 i. f. l. 37 §. 1 i. f. D. de evict. 21. 2, l. 11 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 C. eod. 4. 49, Theophil. ad §. 2 I. de div. stip. 3. 18. Diese Stellen reden zwar nur von Sclaven und Thieren; aber es ist kein Grund vorhanden, weßwegen gerade die in ihnen enthaltene Bestimmung des aedilicischen Edicts von der allgemeinen Erstreckung desselben auf andere Sachen ausgeschlossen sein sollte. Dagegen finde ich für die gewöhnliche Annahme, daß das aedilicische Edict von dem Verkäufer ein Versprechen des Doppelten verlangt habe, keinen genügenden Beweis in den citirten Stellen, auch in l. 37 §. 1 de evict. nicht. Umgekehrt nennt Theophilus das Doppelte bloß beispielsweise, und l. 31 §. 20 D. h. t. bezeichnet die duplae stipulatio nur als „assidua". Immerhin ist das Versprechen für den Käufer nicht ganz ohne Werth, da er durch dasselbe einen Anspruch auf Leistung des vollen Interesse erlangt. Vielfach wird zwar behauptet, daß die Vorschrift heutzutage antiquirt sei, so z. B. von Sintenis S. 607 in der

5.[18] Die Ansprüche auf Preisminderung und Rücknahme greifen nicht Platz beim Kauf generisch bestimmter Sachen[19]. Bei einem solchen Kaufe muß als stillschweigend vereinbart angesehen werden, daß das zu Liefernde fehlerlos geliefert werden solle[20]; ist also etwas Fehlerhaftes geliefert worden, so ist trotz der Annahme des Käufers, wenn sie nur nicht in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt ist, der Vertrag nicht erfüllt[21], und der Käufer

---

Anm., Arndts §. 304 Anm. 6, Schweppe röm. Privatr. III §. 431 a. E.; aber die Rechtfertigung dieser Behauptung würde den Beweis eines aufhebenden Gewohnheitsrechts voraussetzen. Ohne weitere Bemerkung wird die Vorschrift vorgetragen in den Lehrbüchern von Thibaut §. 494, Wening-Ingenheim II §. 363, Mühlenbruch II §. 402, Vangerow S. 330. 331 (der aber ihre Erstreckung auf andere Sachen als Vieh bestreitet). Uebergangen ist sie in dem Lehrbuch von Seuffert. Wirklich unanwendbar, als auf römischer Volkssitte beruhend, ist die l. 31 §. 20 D. h. t. (vgl. §. 391 Note 3).

[18] Vgl. zu dem Folgendem, worüber viel Streit ist: Thöl Handelsr. I §. 83; sodann den in Note 13 citirten Aufsatz von Fick, dazu Goldschmidt a. a. O. S. 301 fg., und wieder Fick a. a. O. IX S. 371 fg.; Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 401 fg.; Seuffert 4. Ausg. §. 266 a. E. Bemerkenswerth ist auch ein Erkenntniß des OAG. zu Oldenburg, Arch. f. d. Praxis des Oldenb. R. VII S. 181—202 (auf welches Seuffert aufmerksam gemacht hat). HGB. Art. 346—348.

[19] So Thöl und der ihm folgende Seuffert; a. M. Bekker, Goldschmidt, das Oldenburger Erkenntniß, und mit einer Unterscheidung Fick. Diese letzteren Schriftsteller sind aber in anderer Beziehung unter sich wieder verschiedener Meinung, s. Note 22.

[20] Diese Annahme ist nicht zu gewagt. Die Quellen stehen nicht entgegen; sie sprechen von unserem Falle nicht. Die Bestimmungen aber, welche sie über den Kauf individuell bestimmter Sachen enthalten, auf den Kauf generisch bestimmter Sachen zu übertragen, erscheint nicht gerechtfertigt. Ohne allen Zweifel gilt beim Kauf individuell bestimmter Sachen die Fehlerlosigkeit der Sache nach römischem Recht nicht ohne Weiteres als stillschweigend bedungen; aber hier wird eben auch diese bestimmte Sache verkauft. Die Auslegung: diese bestimmte Sache, und zwar als fehlerlose, ist eine viel ferner liegende, als bei dem Kaufe generisch bestimmter Sachen die Auslegung: eine Sache von diesen Merkmalen, und zwar eine fehlerlose Sache von diesen Merkmalen.

[21] Ist die Annahme in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt, so liegt eine vom Käufer acceptirte in solutum datio vor. Dagegen bewirkt irrige Annahme nicht, daß Erfüllung sei, was Erfüllung nicht ist. In einer solchen Annahme liegt nichts, als die Erklärung des Käufers, daß er Eigenthümer der dargebotenen Sache zu dem Ende werden wolle, daß dadurch die Schuld des Verkäufers getilgt werde. Wirklich getilgt wird aber die Obligation nicht

kann anderweitige Lieferung[22], daneben sein Interesse verlangen[23]. Dieses Interesse kann ihn möglicherweise auch berechtigen, eine anderweitige Lieferung nicht mehr anzunehmen[24]; abgesehen hiervon ist anderweitige Lieferung statt der zurückgewiesenen nicht bloß Pflicht, sondern auch Recht des Verkäufers. Das Gelieferte unter Kürzung des Kaufpreises behalten[25] darf der Käufer nur dann[26], wenn er nachweisen kann, daß das Behalten im Interesse

---

durch die Annahmeerklärung des Gläubigers, sondern dadurch, daß dieser hat, was er haben soll (oder statt dessen mit seinem Willen ein Anderes).

22 So Thöl, Seuffert, Fick, Goldschmidt; a. M. Bekker und das Oldenburger Erkenntniß, welches jedoch noch zwischen Annahme und Genehmigung unterscheidet. Uebereinstimmend auch das HGB. a. a. O. Es gibt zwei Wege, um zu dem Satz zu gelangen, daß der Käufer anderweitige Lieferung nicht verlangen könne, und demgemäß auf die aedilicischen Ansprüche beschränkt sei. a) Man leugnet, daß die Fehlerlosigkeit der zu liefernden Sache als stillschweigend vereinbart anzusehen sei. Dieß ist der Standpunkt von Bekker, mit welchem übereinstimmt Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 119 fg. b) Man behauptet, daß die Parteien durch Geben und Nehmen einen neuen Vertrag des Inhalts abschließen, daß fortan nur dieser bestimmte geleistete Gegenstand als Obligationsobject in Betracht kommen solle. Einen solchen Vertrag nehmen in verschiedener Formulirung das Oldenburger Erkenntniß und Treitschke krit. Jahrb. f. deutsche RW. XIV S. 711 an; dagegen Thöl §. 83 Note 18. M. E. liegt in dem Geben und Nehmen einer bestimmten Sache allerdings ein Vertrag; der Verkäufer erklärt im Geben, daß der Käufer diese bestimmte Sache zum Zweck der Erfüllung des Kaufvertrages haben solle, und diese Erklärung wird vom Verkäufer durch das Nehmen acceptirt. Aber dieser Vertrag bindet nur den Verkäufer, nicht den Käufer, und dem Letzteren ist es daher unbenommen, sie als nicht abgegeben anzusehen. Vgl. §. 366 Note 8, §. 391 Note 37a.

23 a) Möglicherweise ist dem Käufer durch die gelieferte fehlerhafte Sache ein Schaden zugefügt worden; sie hat z. B. Sachen des Käufers verdorben. Er verlangt Ersatz dieses Schadens, vorausgesetzt natürlich, daß den Verkäufer in Betreff der Fehlerhaftigkeit der Lieferung eine Schuld trifft. b) Die anderweitige Lieferung kann nicht mehr rechtzeitig beschafft werden; der Käufer fordert das Verzugsinteresse. — Seinerseits ist der Käufer zur Sorge für die angenommene oder ihm von auswärts zugeschickte Waare verpflichtet. Thöl §. 85 Nr. 2. HGB. Art 347.

24 S. §. 280 Note 1. In diesem Falle ist er in derselben Lage, als wenn die actio redhibitoria für ihn begründet wäre, nur daß es ihm unbenommen bleibt, auch noch sein anderweitiges Interesse geltend zu machen.

25 Was der actio quanti minoris entsprechen würde.

26 Ein unbedingtes Recht zum Behalten mit Preiskürzung geben dem

auch des Verkäufers liege[27]. Durch die Billigung des Gelieferten verliert der Käufer nicht seine Rechte wegen der ihm verborgen gebliebenen Fehler[28]; es müßte denn seine Schuld sein, daß sie ihm verborgen geblieben sind[29]. Ebenso wenig verliert er seine Rechte durch Annahme ohne Untersuchung[30],

---

Käufer nicht nur diejenigen Schriftsteller, welche ihm die aedilicischen Klagen gewähren (nur diese, wie Bekker und das Oldenburger Erkenntniß, oder auch diese, wie Fick und Goldschmidt), sondern auch Thöl und Seuffert. Thöl (S. 492) macht geltend: „der Verkäufer, welcher die gehörige Lieferung durch eine andere surrogirt, darf nicht selbst sein Factum anfechten". Aber er „surrogirt" für den vereinbarten Kaufpreis, nicht für einen niedrigeren. — Das doppelte Recht des Käufers, nach seiner Wahl entweder neue Lieferung verlangen, oder die aedilicischen Ansprüche erheben oder auch nur gegen Preisminderung behalten zu dürfen, läßt sich nur in der Weise rechtfertigen, daß die Berufung auf die stillschweigende Verabredung der Fehlerlosigkeit zwar dem Käufer gestattet wird, nicht aber dem Verkäufer, und das halte ich nicht für zulässig.

27 Im Einzelnen: a) er weist nach, daß, wenn er nicht behalten hätte, der Verkäufer einen Schaden erlitten haben würde, gegen welchen er ihn durch das Behalten geschützt hat, „so wenn es sich um Victualien handelt, die dem raschen Verderben ausgesetzt sind (auch nach den örtlichen Verhältnissen nicht auf Rechnung des Verkäufers verkauft werden können)", E. A. Seuffert in Seuffert Pand. §. 276 Note 6. b) Er weist nach, daß, wenn er nicht behalten hätte, er selbst einen Schaden erlitten haben würde, welchen der Verkäufer ihm hätte ersetzen müssen. Es kann nicht von ihm verlangt werden, daß er den Schaden wirklich erleide, und erst dann Ersatz für denselben suche (vgl. §. 346 zu Note 6). — Aus dem Gesagten ergibt sich übrigens, daß auch das Maß der dem Käufer gestatteten Preisminderung durch das Interesse des Verkäufers bedingt ist.

28 Thöl §. 85b. Billigung (vorausgesetzt natürlich, daß sie in Unkenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt) ist nichts, als die Abgabe des Urtheils, daß die Leistung fehlerlos und somit vertragsmäßig sei. Dieses Urtheil ist von Einfluß auf die Beweislast (§. 321 Note 6); aber zur Erfüllung zu machen, was nicht Erfüllung ist, ist es nicht im Stande. A. M. das Urtheil bei Seuff. Arch. VII. 303.

29 Wobei ihm auch levis culpa zur Last fällt, Thöl a. a. O. Note 5. Seuff. Arch. II. 92.

30 Nur kann, wenn die Unterlassung der Untersuchung vor der Annahme schuldvolle Nachlässigkeit war (was sie keineswegs ohne Weiteres ist), der Verkäufer verlangen, daß nicht ein Anspruch gegen ihn erhoben werde, welchem er nicht ausgesetzt gewesen sein würde, wenn der Käufer untersucht hätte. Seuff. Arch. II. 22. 274, V. 119, VII. 295, IX. 88, X. 148, XIV. 130, vgl. V. 121. Eine besondere Auffassung das. IX. 277. Vgl. auch IV. 78, VIII. 39.

oder durch Unterlassung sofortiger Anzeige nach entdecktem Mangel[31].

ββ. Sie entbehrt Vorzüge.

§. 395.

Der Verkäufer muß die Kaufsache in derjenigen Güte liefern, welche er ausdrücklich versprochen hat[1], oder welche der Käufer nach den Umständen erwarten durfte, so daß sie als stillschweigend vereinbart angesehen werden muß[2]. Hat die Kaufsache diese Güte

---

[31] Thöl. §. 84, Seuffert §. 267 Note 4. Seuff. Arch. VII. 295; anders das. II. 169, IV. 23, VI. 27, XIV. 126, XVII. 23 (dieses letztere Urtheil jedoch mit ausdrücklicher Beschränkung auf den Bereich des Handelsrechts). — Zu dieser und der vorhergehenden Note: HGB. Art. 347. Von auswärts übersendete Waaren soll der Käufer ohne Verzug („so weit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang thunlich ist") untersuchen. „Versäumt er dies, so gilt die Waare als genehmigt, so weit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nicht erkennbar waren". Ebenso soll es als Genehmigung gelten, wenn der entdeckte Mangel nicht ohne Verzug angezeigt wird.

[1] S. die in §. 389 Note 13 citirten Stellen, welche sich aber theilweise auf die Versicherung der Abwesenheit von Mängeln beziehen; ferner l. 1 §. 1 l. 17 §. 20 l. 18 l. 19 §. 1 l. 38 §. 10 D. h. t. Vgl. §. 393 Note 2; auch Seuff. Arch. I. 38, II. 23, XVII. 129, vgl. XVIII. 235. Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 248—249. Fein Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation S. 10 fg. §. 395.

[2] Hierher gehört namentlich der Fall, wo die äußere Erscheinung der Sache den Käufer zu der Annahme berechtigte, daß sie eine gewisse werthsteigernde Eigenschaft habe; — „veluti si mensas quasi citreas emit, quae non sunt" (l. 21 §. 2 D. de A. E. V. 19. 1). Diese Worte von einer ausdrücklichen Zusage der betreffenden Eigenschaft des Tisches zu verstehen, erlaubt der übrige Inhalt der Stelle nicht. Zweifelhafter ist es, ob nicht in l. 45 D. de contr. emt. 18. 1 (es werden alte aufgeputzte Kleider statt neuer verkauft) eine ausdrückliche Zusage des Verkäufers anzunehmen ist. Doch werden durch diese Annahme die Schwierigkeiten der Stelle nicht vermindert. Vgl. über diese Stellen Savigny Syst. III S. 285—290, Vangerow III S. 282—286, Windscheid Voraussetz. S. 116—119 und Heidelberger krit. Zeitschr. II S. 122—125, Mommsen Beiträge I S. 203 fg., II S. 280 fg., III S. 411 fg., Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 179 fg. 185 fg. — HGB. Art. 335. „Ist im Vertrage über die Beschaffenheit und Güte der Waare nichts Näheres bestimmt, so hat der Verpflichtete Handelsgut mittlerer Art und Güte zu gewähren". Vgl. auch Seuff. Arch. III. 26, V. 153, XVI. 104.

nicht, so kann der Käufer sein Interesse verlangen [3]; beim Mangel ausdrücklich zugesagter Eigenschaften kann er auch die Kaufsache ohne Weiteres zurückgeben [4]. Kaufverträge über generisch bestimmte Sachen sind nicht erfüllt, wenn das Gelieferte nicht die ausdrücklich oder stillschweigend zugesagte Güte hat; es gelten hier die gleichen Grundsätze, wie wenn das Gelieferte fehlerhaft ist (§. 394 Nr. 5).

Eine besondere in diesen Zusammenhang gehörige Bestimmung ist noch die, daß, wenn ein Thier zum Zweck des Verkaufs durch Zierrathen aufgeputzt worden ist, diese mit herausgeben werden müssen; geschieht es nicht, so kann der Käufer nach seiner Wahl entweder Herausgabe der Zierrathen, oder Rücknahme des Thieres verlangen, muß jedoch den einen und den andern Anspruch binnen zwei Monaten geltend machen [5].

d. Recht des Rücktritts.

§. 396.

Das Recht, von dem Kaufvertrage zurückzutreten, kann vertragsmäßig begründet sein (§. 323). Ein gesetzliches Rücktrittsrecht hat: 1) der Käufer bei Mangelhaftigkeit der Sache, oder wenn sie die zugesagten Eigenschaften nicht hat (§. 393. 394. 395); 2) [1] der Verkäufer, wenn er weniger als die Hälfte des wahren Werthes für seine Sache empfangen hat [2]. Es steht jedoch dem

---

[3] S. die in §. 389 Note 13 citirten Stellen; ferner l. 45 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 §. 2 D. de A. E. V. 19. 1. Seuff. Arch. XVI. 105.

[4] Er hat überhaupt die aedilicischen Ansprüche (l. 1 §. 1 l. 18 pr. l. 38 §. 10 D. h. t.), aber der Anspruch auf Preisminderung ist schon in seinem Anspruch auf Leistung des Interesse enthalten.

[5] L. 38 pr. §. 11 D. h. t. Abweichende Auffassungen bei Neustetel S. 201 fg. und bei Keller S. 132 fg. S. 152 in der Note; dagegen Vangerow S. 329.

§. 396. [1] v. Batz Abhandlungen Nr. 14 u. 15. Strippelmann Entscheidungen II S. 266 fg. v. Madai theoretisch-praktische Erörterungen I Heft 2 Nr. 5. Glück XVII S. 19—125; Unterholzner II S. 245 fg., Sintenis II S. 635 fg., Vangerow III §. 611 Anm., Seuffert §. 272.

[2] S. g. laesio enormis. Es liegt in der Natur des Kaufvertrages, daß jeder Contrahent seinen Vortheil sucht, — „naturaliter licere contrahentibus se circumvenire", l. 16 §. 4 D. de minor. 4. 4; s. noch l. 22 §. 3 l. 23 D. loc.

Käufer frei, durch Nachzahlung bis zum Betrage des wahren Werthes den Vertrag aufrecht zu erhalten[3]. Wählt der Käufer diesen Weg nicht, so erhält der Verkäufer gegen Rückzahlung des Kaufpreises seine Sache zurück[4]; in Betreff des Näheren muß die Analogie der Bestimmungen über Rückgabe wegen Fehlerhaftigkeit (§. 394 Nr. 2) entscheiden[5]. Dadurch, daß der Verkäufer den Mehrwerth der Sache gekannt hat, wird an und für sich sein Rücktrittsrecht nicht ausgeschlossen[6]; anders nur, wenn nach Lage

---

19. 2, l. 8 C. de resc. vend. 4. 44, Nov. 97 c. 1. Seuff. Arch. II. 104. Aber hat die Uebervortheilung des einen Contrahenten durch den andern nicht ihre Grenze, wo sie auch abgesehen von dem Falle des Betrugs aufhört, erlaubt zu sein? Eine solche Grenze haben zu Gunsten des Verkäufers die Kaiser Diocletian und Maximian gesetzt, l. 2 C. de resc. vend. 4. 44, wiederholt l. 8 C. eod., s. auch l. 3. 4. 12. 15 eod., c. 3. 6 X. de emt. et vend. 3. 17. Man hat gefragt: 1) ob die kaiserliche Vorschrift nicht auf Grundstücke beschränkt sei? S. dagegen l. 2 cit. init. „Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit" . . . 2) Ob sie nicht ihrem wahren Sinne nach auf den Käufer, und ebenso auf alle anderen gegenseitigen Verträge zu erstrecken sei? Dafür aus der neueren Zeit namentlich Chambon Beiträge zum Obligationenrecht S. 111 fg.; Literaturübersicht bei demselben und bei Vangerow a. a. O. unter Nr. I, s. noch Brinz S. 499, Keller §. 333. M. E. liegt für eine ausdehnende Erklärung kein Anhalt vor; dawider spricht, daß auch in allen anderen Constitutionen, welche die Diocletianische Vorschrift erwähnen oder berücksichtigen, nur vom Verkäufer die Rede ist (l. 4. 12. 15 C. h. t.), so wie die Ignorirung derselben im Theodosianischen Codex (l. 1. 4. 7 C. Th. de contr. emt. 3. 1).

[3] L. 2 C. cit.: — „vel, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio recipias". Der Käufer hat das Recht, durch Nachzahlung der Verpflichtung zur Rückgabe der Sache zu entgehen (s. g. facultas alternativa); aber er hat nicht die Verpflichtung, entweder die Sache zurückzugeben, oder nachzuzahlen (alternative Obligation). Geht daher die Sache ohne seine Schuld (Arglist) unter, so haftet er auf gar nichts.

[4] L. 2 cit.: — „ut vel pretium te restituente emtoribus fundum venumdatum recipias . . vel . ." (Note 3). Stirbt der Verkäufer mit Hinterlassung mehrerer Erben, so kann nicht jeder derselben Rückgabe für seinen Antheil fordern; das Recht des Verkäufers ist untheilbar. Seuff. Arch. XII. 139.

[5] Vgl. Vangerow S. 356, Sintenis Anm. 219, Seuffert S. 101.

[6] Dieß ist bestritten; aber der Wortlaut der kaiserlichen Constitution bietet für eine beschränkende Auslegung keinen Anhalt, und Veranlassung zur Hülfe ist beim Verkauf aus Noth nicht minder, als beim Verkauf aus Irrthum. Vangerow Nr. VI, Sintenis Anm. 223. Vgl. Seuff. Arch. III. 160, VI. 170, XIV. 218.

der Umstände Wille, auf den Mehrwerth zu verzichten, anzunehmen ist [7]. Die Vorschrift ist unanwendbar bei Sachen, die keinen festen Werth haben [8], und bei gewagten Geschäften [9]. — Eine sehr allgemeine Praxis gibt auch dem Käufer ein Rücktrittsrecht wegen Verletzung über die Hälfte, ja dehnt dieses Recht auf alle gegenseitigen Verträge aus [10].

e. Besondere Kaufgegenstände.

§. 397.

Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze greifen im Allgemeinen auch beim Verkaufe von Rechten Platz. Namentlich gilt auch hier der Grundsatz, daß der Verkäufer nicht verpflichtet ist, dem Käufer das Recht selbst zu gewähren, sondern daß er genug thut, wenn er ihm den dauernden factischen Genuß desselben verschafft [1]. Dagegen finden hier keine Anwendung die Regeln über Verhaftung wegen nicht angezeigter Mängel; dieselben sind nur

---

[7] Welchem Willen nicht bloß Schenkungsabsicht zu Grunde liegen kann. Seuff. Arch. IV. 213 Nr. 2. „(Die Verletzungsklage) findet nicht statt, wenn der Käufer mit Rücksicht auf die Erreichung eines andern Zweckes, z. B. um den Verkäufer zu einer Handlung zu bestimmen, zu theuer gekauft hat". Das. XIII. 312. — Verzicht ohne Kenntniß des Mehrwerths: Seuff. Arch. II. 356, IV. 213 Nr. 8, VIII. 243, XI. 30.

[8] Seuff. Arch. IV. 28. 213 Nr. 1, VI. 23, VII. 306, X. 245, XII. 138. Vgl. IX. 143.

[9] Seuff. Arch. II. 292, IV. 105. 213 Nr. 3. 7, XIII. 148. Vgl. III. 317. — Ist die Vorschrift unanwendbar auch bei Versteigerungen? Dafür Seuff. Arch. IV. 213 Nr. 4, IX. 17; dawider VI. 323, XIII. 244. Bei Handelsgeschäften? Dawider Thöl Handelsr. I § 64 Note 20, Seuff. Arch. I. 47. Anders das HGB. Art. 286.

[10] Auf Grund der in Note 2 bezeichneten ausdehnenden Auslegung. Glück XVII S. 32. 122, Sintenis Anm. 218, Vangerow Nr. I a. E. Für Ausdehnung auf den Käufer: Seuff. Arch. I. 45, II. 275, III. 160, IV. 212. 213, VI. 322, VII. 296; für Ausdehnung auf andere gegenseitige Verträge: das. I. 262, IV. 213, XI. 30, XIII. 148.

§. 397. [1] L. 10 l. 46 §. 1 D. de evict. 21. 2. L. 46 §. 1 cit. „Si per alienum fundum mihi viam constitueris, evictionis nomine te obligari ait". Bei dem Kaufe einer Forderung stellt sich das so, daß der Verkäufer erst dann haftet, wenn der Käufer nicht im Stande ist, von dem Schuldner (dem als Schuldner Bezeichneten) Leistung zu erlangen. In diesem Sinne sind zu verstehen l. 4. 5 D. de

auf körperliche Sachen berechnet[2]. Im Besonderen ist anerkannt, daß der Verkäufer einer Forderung für die Güte, d. h. für die factische Realisirbarkeit derselben, nur dann haftet, wenn er die Garantie dafür übernommen, oder wenn er arglistigerweise eine schlechte Forderung verkauft hat[3].

Wird ein Vermögen oder ein Bruchtheil eines Vermögens verkauft, so bildet den juristischen Gegenstand des Kaufs nicht das Vermögen als solches; der Kauf löst sich auf in eine Reihe einzelner Käufe, und es gelten die entsprechenden Grundsätze, wie bei der Schenkung eines Vermögens (§. 368)[4].

2. Der Tausch*.

§. 398.

Der Tausch unterscheidet sich von dem Kaufe dadurch, daß in demselben nicht eine Sache gegen Geld, sondern eine Sache gegen eine Sache hingegeben wird[1]. Die Verpflichtungen, welche aus dem Tausche entstehen, unterliegen, wie die aus dem Kaufe, dem freien richterlichen Ermessen[2]. Auch im Einzelnen haben sie

---

her. vel act. vend. 18. 4, l. 74 §. 3 D. de evict. 21. 2. Schliemann Haftung des Cedenten S. 72 fg. A. M. das OAG. zu Lübeck in dem Erkenntniß bei Seuff. Arch. XVI. 204. Vgl. §. 315 Note 4, und über die Frage nach der Gültigkeit des Kaufs einer nichtigen Forderung noch Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 101 fg., Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 225.

2 Vgl. Schliemann Haftung des Cedenten S. 130 fg.

3 L. 4 D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 74 §. 3 D. de evict. 21. 2. Schliemann a. a. O. S. 75 S. 108 fg. Vgl. §. 336 Note 3. — Verkauf einer Actie, die als entwendet aufgeboten ist: Seuff. Arch. XIV. 25.

4 Die Quellen sprechen namentlich von dem Verkaufe einer Erbschaft (Dig. 18. 4 Cod. 4. 39 de hereditate vel actione vendita); außerdem von dem Verkauf eines Peculium, z. B. l. 33 D. de aed. ed. 21. 1, l. 5 D. de evict. 21. 2. Im Einzelnen s.: a) l. 14 §. 1 D. l. 6 C. tit. cit.; b) l. 7 C. eod.; c) l. 2 C. eod., dazu aber auch l. 1 C. eod. und §. 338; d) l. ult. D. de transact. 2. 15 (§. 331 Note 8). Unterholzner II S. 287—291.

* Dig. 19. 4 de rerum permutatione. Cod. 4. 64 de rerum permutatione et praescriptis verbis. — Glück XVII S. 76—128; Unterholzner II §. 486, Sintenis II §. 115. §. 398.

1 Stellen §. 385 Note 9.

2 L. 2 C. h. t.

zum größten Theil den gleichen Inhalt, wie beim Kaufe und namentlich finden auch die Bestimmungen wegen Mängel und fehlender Vorzüge auf den Tausch Anwendung[3]; nur der Unterschied besteht, daß beim Tausch jeder der Contrahenten verpflichtet ist, dem andern Eigenthum zu verschaffen, und daher nicht erst wegen Entwehrung haftet[4].

3. Die Miethe*.

a. Begriff und Abschluß.

§. 399.

Die Miethe ist gerichtet auf den Umsatz von Gebrauch gegen Geld. Der Vermiether sagt dem Miether den Gebrauch einer Sache[1], oder den Gebrauch einer (regelmäßig seiner[2]) Arbeitskraft zu, der Miether verspricht dafür dem Vermiether Geld. Die Römer

---

[3] L. 19 §. 5 D. de aed. ed. 21. 1, l. 2 D. h. t. Ueber die Berechnung des Minderwerths s. Bähr Arch. f. prakt. RW. VII S. 70 fg.

[4] L. 1 §. 3 vgl. pr. D. h. t., l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Diese Bestimmung hält für heutzutage unanwendbar v. d. Pfordten Abhandlungen S. 294, vgl. S. 248 fg. Auch Arndts §. 308 erwähnt ihrer nicht. — Nach römischem Recht bestand ein noch viel wichtigerer Unterschied zwischen Kauf und Tausch darin, daß letzterer nicht Consensualcontract war, folglich eine Verpflichtung nicht aus der Tauschberedung als solcher, sondern erst aus dem durch Geben und Nehmen neu abgeschlossenen (Real-) Vertrag entstand (l. 1 §. 2 D. l. 3 C. h. t.), weßwegen der Gebende bei ausbleibender Gegenleistung, oder auch nach freier Willkühr (§. 321 Note 11), das Gegebene zurückfordern konnte, l. 1. 4. 5. 7 C. h. t., l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. — Ueber die Zulässigkeit des Rücktritts wegen Verletzung über die Hälfte s. §. 396 Note 2 und 10.

§. 399. * Inst. 3. 24 de locatione et conductione. Dig. 19. 2 locati conducti. Cod. 4. 65 de locato et conducto. — Kritz Pandektenrecht Th. I Bd. 1 S. 191—384 (1837). Glück XVII S. 264—500, XVIII S. 1—60; Unterholzner II S. 316—358, Sintenis II §. 118.

[1] Der Ausdruck Gebrauch wird hier in weiterem Sinne genommen, so daß er den Fruchtgenuß mit umfaßt.

[2] Die Vermiethung der Dienste eines Fremden setzt die Befugniß voraus, über die Dienste desselben auch zu Gunsten Anderer zu verfügen. Aus den Quellen gehört hierher die locatio operarum liberti (l. 25 D. de op. lib. 38. 1), während die Römer in der Vermiethung der Dienste eines Sclaven eine Vermiethung des Sclaven selbst sehen. Vgl. Seuff. Arch. XI. 238.

bezeichnen die Miethe, wie den Kauf, gewöhnlich von ihren beiden Seiten[3]. Heutzutage spricht man im Leben in gewissen Fällen der Miethe von Pacht[4]; der Ausdruck Miethe im juristischen Sinne umfaßt auch die Pacht. Die Miethe, welche den Gebrauch einer Sache zum Gegenstand hat, heißt Sachmiethe; die Miethe, welche den Gebrauch einer Arbeitskraft zum Gegenstand hat, heißt Dienstmiethe[5]. Ein besonderer Fall der Dienstmiethe ist der, wo der Vertrag nicht sowohl auf die Dienste als solche, als vielmehr auf das durch dieselben herzustellende Arbeitsresultat gerichtet ist[6]. Diesen besonderen Fall bezeichnet der Ausdruck Werkverdingung, oder auch Verdingung schlechthin[7]. — Die Sache, welche vermiethet wird, kann eine bewegliche oder unbewegliche, eine körperliche oder unkörperliche[8], eine eigene oder fremde[9] sein, auch eine eigene Sache des Miethers, wenn sie eben als solche vermiethet

---

[3] Locatio et conductio. Locare heißt vermiethen, conducere miethen.

[4] Namentlich wenn ein fruchttragendes Grundstück den Gegenstand des Vertrages bildet. Auch bei Gefällen, Gewerberechten u. dgl. wird die Bezeichnung gebraucht. Die Römer unterscheiden im Ausdruck zwar nicht Pacht und Miethe, wohl aber den Pächter eines fruchttragenden Grundstücks als colonus, und den Miether eines Hauses als inquilinus (habitator, insularius).

[5] Locatio conductio rei, operarum.

[6] Z. B. es soll mir der Holzhauer mein Holz zerkleinern, der Schneider mir aus einem ihm übergebenen Stück Tuch ein Kleid herstellen, der Maurermeister mir ein Gebäude errichten, der Frachtfuhrmann, die Eisenbahngesellschaft mir Waaren transportiren. Vgl. l. 9 §. 5 l. 11 §. 3 l. 13 §. 1—6 l. 19 §. 7 l. 25 §. 7 l. 51 §. 1 D. h. t. Seuff. Arch. X. 256, XVIII. 33.

[7] Die Römer sagen locatio conductio operis, so aber, daß locare das Verdingen bezeichnet, also locator derjenige ist, welcher sich die Arbeit versprechen läßt, während conductor der Arbeitende ist. Vgl. jedoch auch l. 22 §. 2 D. h. t. „Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est; locat enim artifex operam suam, i. e. faciendi necessitatem".

[8] So kann namentlich vermiethet werden: der Nießbrauch (l. 12 §. 2 l. 38 D. de usufr. 7. 1), das Wohnungsrecht (l. 13 C. de usufr. 3. 33), die Emphyteusis und Superficies, eine Grunddienstbarkeit (mit dem herrschenden Grundstück, Seuff. Arch. XIV. 12), das Recht auf eine periodische Leistung (z. B. ein Zehntrecht), ein Gewerbsprivilegium. In den Quellen ist auch viel von der Verpachtung öffentlicher Gefälle (vectigalia) die Rede, vgl. z. B. l. 16 D. de V. S. 50. 16; tit. D. de . . . vectigalibus et commissis 39. 4. Verpachtung eines „Geschäftes": Seuff. Arch. XVI. 213.

[9] S. z. B. l. 7 l. 9 pr. §. 6 D. h. t.

wird [10]. Auch daß eine Sache im Verkehre gewöhnlich als verbrauchbare in Betracht kommt, thut der Möglichkeit ihrer Vermiethung keinen Eintrag, wenn sie nur neben ihrem bestimmungsgemäßen Gebrauch noch einen andern zuläßt, durch welchen sie nicht aufgebraucht wird [11]. — Besteht die Gegenleistung des Miethers in etwas Anderem als Geld, so spricht man nicht von Miethe [12]. Eine Ausnahme bildet nur die Pacht eines fruchttragenden Grundstücks; hier kann die Gegenleistung auch in einer Quote der Früchte bestehen [13].

Für den Abschluß des Miethvertrages gelten die nämlichen Grundsätze, wie für den Abschluß des Kaufvertrages (§. 386. 387). Der Miethvertrag ist abgeschlossen, sobald die Parteien über die wesentlichen Punkte desselben, Miethsache und Miethgeld, einig geworden sind; es müßte denn über andere Punkte vorher verhandelt worden, und darüber Uneinigkeit geblieben sein [14]. [15]

---

[10] L. 29 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 35 §. 1 l. 37 D. de pign. act. 13. 7, l. 37 l. 28 D. de acq. vel am. poss. 41. 2. Miethet dagegen Jemand eine eigene Sache in dem Glauben, es sei eine fremde, so ist der Vertrag ungültig, l. 20. 23 C. h. t., l. 15 D. dep. 16. 3, l. 21 D. de usurp. 41. 3, l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17. Ebenso wird der Miethvertrag hinterher ungültig, wenn der Miether das Eigenthum der gemietheten Sache erwirbt, l. 9 §. 6 D. h. t. S. aber auch §. 400 Note 18.

[11] Arg. l. 3 §. 6 l. 4 D. commod. 13. 6 (§. 374 Note 3).

[12] L. 5 §. 2 D. de praescr. verb. 19. 5, §. 2 I. h. t.

[13] L. 25 §. 6 D. l. 8. 21 C. h. t. Vgl. übrigens Gesterding Ausbeute IV. 1 S. 141 fg., Sintenis Anm. 4.

[14] L. 1 l. 2 pr. D. h. t., l. 24 C. h. t. Im Einzelnen s.: a) l. 25 pr. D. h. t. (vgl. §. 386 Note 5 a. E., Seuff. Arch. XVII. 31); b) §. 1 I. h. t., l. 22 pr. D. de praescr. verb. 19. 5, s. aber auch l. 5 §. 10 i. f. D. de inst. act. 14. 3 (Miethvertrag ohne ausdrückliche Ausmachung des Miethpreises, vgl. Pfeiffer prakt. Ausführungen VII. 7, Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VII. 1, Holzschuher III §. 303 Nr. 1, Seuff. Arch. IV. 216, VIII. 259, XII. 154 [s. auch I. 354, VIII. 59, IX. 174, XV. 135]); c) l. 46 l. 20 §. 1 D. h. t., l. 10 §. 2 D. de acq. vel. am. poss. 41. 2; d) l. 20 pr. D. h. t.

[15] Das römische Recht verbietet Pachtungen den Decurionen (l. 30 C. h. t.); den Soldaten (l. 31. 35 C. h. t., l. 50 D. h. t.), den Geistlichen (Nov. 123 c. 6); den Beamten des kaiserlichen Kronvermögens Pachtungen von Ländereien, welche zu diesem Kronvermögen gehören (l. un. C. quib. ad cond. praed. fisc. 11. 72). Dieß sind Sätze des römischen Verwaltungsrechtes, welche auf heutige Anwendbarkeit keinen Anspruch machen können. Außerdem sind Vormün-

b. Verpflichtungen.

α. Sachmiethe.

§. 400.

Die Verpflichtungen aus dem Miethvertrage stehen unter freiem richterlichen Ermessen[1]. Die Hauptpunkte sind, was zunächst die Sachmiethe angeht, folgende.

1. Der Vermiether muß dem Miether den Gebrauch der vermietheten Sache mit ihren Zubehörungen[2] gewähren[3]. Ist er dazu nicht im Stande, weil er eine Sache vermiethet hat, an welcher er nicht das gehörige Recht hatte, so haftet er dem Miether auf das Interesse, in gleicher Weise wie bei jeder anderen ursprünglichen, bloß subjectiven Unmöglichkeit (§. 264. 315)[4]. Ist die Unmöglichkeit der Gewährung hinterher eingetreten, so haftet der Vermiether auf das Interesse, wenn er an der Unmöglichkeit Schuld ist; sonst ist er frei, bekommt aber auch kein Miethgeld[5]. Schuld ist nicht bloß Arglist, sondern auch jede Nachlässigkeit[6]. Ein besonderer Fall der Schuld ist der, wo der Vermiether sich selbst durch eine Veräußerung in die Unmöglichkeit versetzt, den Ge-

---

dern vor abgelegter Vormundschaftsrechnung fiscalische Pachtungen bei Strafe der Fälschung verboten, l. 49 pr. §. 1 D. h. t., l. un. C. ne tut. vel cur. 5. 41. Vgl. überhaupt Glück XVII S. 297 fg.

[1] Die actio locati (die actio des Vermiethers) und die actio conducti (die actio des Miethers) sind actiones bonae fidei, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 17 C. h. t. §. 400.

[2] L. 19 §. 2 D. h. t.

[3] Er muß ihm das uti frui licere praestare. S. z. B. l. 15 §. 1 l. 24 §. 4 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. IV. 34, XVIII. 238.

[4] L. 7. 8 l. 9 pr. §. 1 l. 15 §. 8 l. 35 pr. D. h. t. Unterholzner S. 333 Note f, Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 316—320. In l. 9 pr. cit. wird auf den Miether, welchem der Besitz der Sache von einem besser Berechtigten genommen wird, auch der Ausdruck evictio angewendet. Vgl. mit Müller Lehre von der Eviction S. 123 fg. Bekker a. a. O. S. 243 fg., und oben §. 392 Note 3. Seuff. Arch. XII. 235.

[5] L. 9 §. 3. 4 l. 19 §. 6 l. 30 pr. §. 1 l. 33. 34. 35 pr. l. 60 pr. D. h. t., l. 12 C. h. t.; l. 27 pr. D. h. t.; l. 9 §. 2 l. 55 pr. D. h. t. Vgl. §. 321 Note 16. Seuff. Arch. VI. 188, VIII. 252, XIV. 227, XV. 221.

[6] L. 5 §. 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 28 C. h. t.

brauch der Sache zu gewähren[7]. Zur Gewährung des Gebrauchs gehört auch, daß die Sache in gutem Zustande erhalten

---

[7] Hierüber bemerke man Folgendes. a) Der Erwerber treibt den Miether kraft seines dinglichen Rechtes aus, l. 25 §. 1 l. 32 D. l. 9 C. h. t., l. 59 §. 1 D. de usufr. 7. 1, l. 120 §. 2 D. de leg I[o] 30. Dieß ist der wahre Sinn der Rechtsparömie: Kauf bricht Miethe. (Der Erwerber ist dabei auch an keine Kündigungsfrist gebunden. Anders Seuff. Arch. VIII. 42.) b) Dagegen wird durch die Veräußerung das Miethverhältniß nicht aufgelöst, weder zu Gunsten des Vermiethers, welcher nun dem Miether Schadensersatz leisten muß (l. 25 §. 1 l. 32 D. h. t., l. 120 §. 2 D. de leg. I[o] 30), noch zu Gunsten des Miethers, welcher nach wie vor Miethgeld zahlen muß, wenn der Vermiether ihm, etwa in Folge einer Vereinbarung mit dem Erwerber (l. 25 §. 1 l. 58 pr. D. l. 9 C. h. t., vgl. l. 50 D. de I. F. 49. 14), den Gebrauch der Sache trotz der Veräußerung gewährt (über l. 32 D. h. t. s. §. 361 Note 5 [3]). c) Der Schaden, welchen der Miether dadurch erleidet, daß der Erwerber ihm die Sache nimmt, ist oft schwer nachzuweisen; überdieß sind, namentlich bei der Hausmiethe, die Interessen, welche dadurch gekränkt werden, nicht immer bloß Vermögensinteressen. Kann der Miether sich nicht in anderer Weise helfen? α) Ist zur Vollendung der Veräußerung Besitzesübertragung erforderlich, wie namentlich zur Vollendung der Eigenthumsübertragung durch Willenserklärung unter Lebenden, und hat der Miether die ganze Sache gemiethet, nicht bloß einen einzelnen Theil derselben, so kann er die Besitzesergreifung, und damit den Eigenthumserwerb des Käufers ꝛc., factisch hindern. Dadurch setzt er sich zwar an und für sich dem interdictum unde vi des Vermiethers aus (l. 12 l. 18 D. de vi 43. 16, l. 20 D. de acq. vel am. poss. 41. 2), aber nach der ausdrücklichen Bestimmung der l. 12 cit. soll dasselbe wegfallen, wenn der Miether „propter iustam et probabilem causam" sich im Besitze behauptet hat; s. auch l. 1 C. unde vi 8. 4. Mühlenbruch Cession S. 279 Note 75, Sintenis Anm. 117 (S. 665). A. M. Gesterding Ausbeute III S. 223 fg., Träger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 63, indem sie die „iusta et probabilis causa" nicht auf das Miethverhältniß beziehen. Vgl. auch Seuff. Arch. VI. 187. β) Das OAG. zu Rostock hat am 15. April 1850 erkannt (Buchka u. Budde Entscheidungen I S. 54), daß der Miether gegen die bevorstehende Veräußerung ein dieselbe bei Strafe der Nichtigkeit verbietendes gerichtliches Inhibitorium erwirken könne. γ) Die Beredung zwischen dem Vermiether und dem Erwerber, wodurch die Fortdauer des Miethverhältnisses ausgemacht wird, kommt zwar an und für sich dem Miether nicht zu Gute. Insofern aber darin eine wirkliche Schuldübernahme liegt, kann allerdings der Miether durch seinen Beitritt ein Forderungsrecht gegen den Erwerber auf Gewährung des Gebrauchs erlangen (§. 340 Note 4). Es kann ferner der Vermiether seinen Anspruch aus einer solchen Beredung dem Miether cediren, ja er ist zu dieser Cession aus dem Miethvertrag verpflichtet. Vgl. auch das Urtheil des OAG. zu Rostock vom 23. September 1861 bei Buchka u.

werde[8]. — Hat die vermiethete Sache einen den Gebrauch beeinträchtigenden Fehler, so haftet der Vermiether dem Miether auf das Interesse, wenn er den Fehler arglistigerweise verschwiegen hat, ferner wenn er die Abwesenheit desselben ausdrücklich oder stillschweigend zugesagt hat; jedenfalls aber bekommt der Vermiether, soweit der Gebrauch der Sache durch den Fehler beeinträchtigt wird, kein Miethgeld[9]. — Für Verwendungen, welche der Miether auf die Sache gemacht hat, muß der Vermiether Ersatz geben, wenn sie nothwendig waren oder sonst in seinem Interesse lagen; für Verwendungen anderer Art hat der Miether nur das Recht der Wegnahme[10]. — Endlich hat der Vermiether die Lasten der Sache zu tragen[11].

2. Der Miether ist verpflichtet, das Miethgeld zu zahlen: wenn nichts Anderes ausgemacht ist, nach gemachtem Gebrauch[12]. Die Verpflichtung des Miethers fällt dadurch nicht weg, daß er

---

Budde Entscheidungen V S. 269—270 (welches auf Grund des bei §. 330 Note 12 bezeichneten Satzes dem Miether die Geltendmachung des Anspruchs des Vermiethers auch ohne Cession gewährt). — Vgl. überhaupt: Gesterding Ausbeute III S. 215—276 (1830). Dernburg Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht u. Civilprozeß Nr. 1 (1849). Träger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. 3 (1861). Friedlieb das. XIX. 16 (1862). Sintenis II S. 664—667, Vangerow III §. 643 Anm. 2, Kuntze zu Holzschuher III §. 299 Nr. 11.

[8] L. 15 §. 1 l. 19 §. 2 l. 25 §. 2 D. h. t., l. 13 §. 6 D. de damno inf. 39. 2.

[9] L. 19 §. 1 D. h. t., l. 6 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1; vgl. l. 45 §. 1 D. h. t. Kannte der Miether den Mangel, so hat er natürlich keinen Entschädigungsanspruch. L. 13 §. 6 D. de damno inf. 39. 2. Sintenis S. 655. — Vgl. Seuff. Arch. XII. 149. 150 (I. 338, VII. 31, XVI. 214).

[10] L. 55 §. 1 l. 19 §. 4 D. h. t. L. 55 §. 1 cit. „In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instruxerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea, quae impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest". Sintenis Anm. 68. — Darf der Pächter die Sachen, welche er mit dem Pachtobject verbunden hat, auch gegen den Willen des Verpächters, der sie gegen Ersatz ihres Werthes behalten will, wieder wegnehmen? Seuff. Arch. VII. 30, XVI. 108.

[11] L. un. §. 3 D. de via publ. 43. 10, l. 4 l. 20 §. 4 C. de agric. 11. 47, l. 32 §. 6 D. de adm. tut. 26. 7. Ueber Einquartierungslasten s. Puchta §. 366. c, Vangerow III §. 641 Anm. 2, Sintenis Anm. 69, Holzschuher III §. 299 Nr. 9.

[12] Arg. l. 24 §. 2 D. h. t. Eine stillschweigende Bestimmung über die

von der ihm zur Verfügung gestellten Sache keinen Gebrauch gemacht hat[13], nicht einmal dadurch, daß er von derselben Gebrauch zu machen verhindert war[14]; in beiden Fällen jedoch vorausgesetzt, daß der Vermiether den Gebrauch der Sache nicht in anderer Weise verwerthet hat[15]. Besonderes gilt für den Pächter eines fruchttragenden Grundstücks[16]: derselbe kann, wenn die Fruchtgewinnung eines Jahres durch außerordentliche Unglücksfälle in beträchtlichem Grade geschmälert wird, einen Nachlaß am Pachtgelde verlangen, muß jedoch außergewöhnlich reiche Jahre mit den Mißjahren ausgleichen[17]. — Der Miether ist ferner verpflichtet, nach Beendigung der Miethzeit die gemiethete Sache wieder herauszugeben. Dieser Verpflichtung kann er sich auch durch Berufung auf sein Eigenthumsrecht nicht entziehen, wenn der Vermiether dasselbe bestreitet; er muß die Sache herausgeben, und sein Eigenthumsrecht in einem besonderen Prozesse geltend machen[18]. Verweigerung der Rückgabe bis zum Urtheil zieht Verurtheilung auf das Doppelte nach sich[19]. Ist dem Miether die Rückgabe

Zeit der Zahlung des Miethgeldes liegt darin, daß dasselbe auf So und So viel für einen gewissen Zeitabschnitt festgesetzt wird; hier muß nach Ablauf eines jeden Zeitabschnittes gezahlt werden.

13 L. 24 §. 2 l. 27 §. 1 l. 55 §. 2 D. h. t.

14 L. 61 §. 1 D. h. t. und arg. l. 19 §. 9. 10 eod.

15 L. 19 §. 9. 10 D. citt.

16 W. Sell Arch. f. civ. Pr. XX. 8 (1837). Jacobi über Remission des Pachtzinses nach gemeinem und preuß. Recht (1856). Vangerow III §. 641 Anm. 1, Sintenis II S. 657—660, Holzschuher III §. 299 Nr. 6. Ueber eine besondere Frage aus dieser Lehre: Albert über Remissionsentsagung des Pachters (1821).

17 L. 15 §. 2—5. 7 l. 25 §. 6 D. l. 8 C. h. t., c. 3 X. de loc. 3. 18. Außergewöhnliche Unglücksfälle: wie Ueberschwemmung, Dürre, Hagelschlag, Vogelfraß, Kriegsverwüstung; nicht etwa auch: „si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae fuerint", l. 15 §. 2. 3. 4 citt. Schmälerung des Fruchtgewinnes: anders, wenn die geernteten Früchte von einem Unglücksfall betroffen worden sind. Beträchtliche Schmälerung: l. 25 §. 6 cit. Compensation: dieselbe erstreckt sich auch auf Nachzahlung des Erlassenen, l. 15 §. 4 l. 8 C. citt., c. 3 X. cit.

18 L. 25 C. h. t. Diese Stelle, wie Thon (Zeitschr. f. Civ.- u. Pr. I. 24) und nach ihm Sintenis thun, auf den Fall zu beschränken, wo der Miether das Eigenthum nach Abschluß des Vertrages erworben hat, ist kein Grund vorhanden.

19 L. 10 C. unde vi 8. 4, l. 34 C. h. t. (§. 263 Note 10. 15).

unmöglich, oder kann er die Sache nur in verschlechtertem Zustande zurückgeben, so haftet er dem Vermiether auf das Interesse, wenn die Unmöglichkeit oder die Verschlechterung in Folge seiner Arglist[20] oder seiner Nachlässigkeit eingetreten ist[21]; für Zufall steht er nur dann ein, wenn dieß bedungen ist[22]. — Die Sache weiter zu vermiethen, ist dem Miether, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht ist, nicht verboten[23].

---

[20] L. 25 §. 5 l. 43 D. h. t. Hierher gehört es auch, wenn der Miether die Sache anders gebraucht, als ihm nach den Bestimmungen des Miethvertrages erlaubt ist. Er steht in diesem Falle für alle Folgen ein, welche ohne diese Vertragsverletzung nicht eingetreten sein würden, auch wenn sie ihm an und für sich nicht zur Schuld gereichen, l. 11 §. 1. 4 l. 12 D. h. t. Vgl. l. 13 §. 3 eod. und §. 375 Note 10.

[21] L. 5 §. 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D de R. I. 50. 17, l. 28 C. h. t.; l. 9 §. 3 l. 11 §. 2 l. 19 §. 2 l. 25 §. 3 l. 30 §. 2 D. h. t.; l. 11 pr. l. 30 §. 4 D. h. t.; l. 27 §. 9. 11 D. ad leg. Aq. 9. 2 (vgl. l. 11 D. de per. et comm. 18. 6 und Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 216—219); l. 13 §. 7. 8 l. 25 §. 4 D. h. t.

[22] L. 9 §. 2 l. 30 §. 4 D. h. t. Hierher gehört auch der Fall, wenn die Miethsache gegen eine Taxe in dem Sinne hingegeben wird, daß entweder die Sache oder die Taxe zurückgegeben werden soll, l. 54 §. 2 D. h. t. Diese Verabredung ist namentlich bei dem Pachtvertrage in Betreff des mitübergebenen Viehbestandes und anderen Gutsinventars häufig (s. g. Eisernviehvertrag, contractus socidae, — welcher Vertrag aber auch in Betreff einer Viehheerde als solcher, ohne daß dieselbe als Gutsinventar in Betracht kommt, abgeschlossen werden kann). Die Neueren pflegen in dem Fall einer solchen Verabredung von einer locatio conductio irregularis zu reden. Nicht zu verwechseln ist der Fall, wenn die Schätzung in dem Sinne gemacht wird, daß die Schätzungssumme ganz und unbedingt an die Stelle der übergebenen Sache treten soll. In diesem Falle, von welchem l. 3 D. h. t. handelt, liegt kein Miethvertrag mehr vor, sondern ein Kaufvertrag mit Creditirung der Kaufsumme. Vgl. überhaupt W. Sell Arch. f. civ. Pr. XIX S. 304—317, Chambon Beiträge zum Obligationenrecht S. 12 fg., Sintenis Anm. 15, Beseler deutsches Privatr. III S. 203 fg. S. 205 fg. Auch Holzschuher III §. 298 Nr. 6.

[23] L. 6 C. h. t., l. 30 l. 58 pr. D. h. t., vgl. l. 13 §. ult. D. de usufr. 7. 1. Natürlich wird aber dadurch weder an dem Rechtsverhältniß zwischen Vermiether und Miether etwas geändert, noch ein Rechtsverhältniß zwischen Vermiether und Aftermiether begründet. Seuff. Arch. III. 48. S. jedoch auch I §. 231 Note 5, II §. 342 Note 42.

β. Dienstmiethe.

§. 401.

Der Vermiether ist verpflichtet, die versprochenen Dienste zu leisten oder zu verschaffen, bez. das versprochene Arbeitsresultat herzustellen, so wie die ihm beim Miethvertrage übergebenen Sachen zurückzugeben[1]; der Miether ist verpflichtet, das Miethgeld zu zahlen[1a]. Der Vermiether haftet auch hier nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen Nachlässigkeit[2]; außerdem steht er dafür ein, daß er die Fähigkeiten, zu welchen er sich ausdrücklich oder stillschweigend bekannt hat, wirklich habe[3]. Bedient er sich bei der Dienstleistung oder Arbeitsausrichtung eines Gehülfen oder Vertreters, so ist zu unterscheiden, ob ihm dieß nach dem Sinne des Vertrages erlaubt war, oder nicht; im letzteren Fall steht er für die Handlungen des Gehülfen ꝛc. unbedingt ein[4], im ersten Fall nur insofern, als er bei der Auswahl nicht die gehörige Sorgfalt aufgewendet hat[5]. Wird ihm das Leisten der Dienste ohne seine Schuld unmöglich, so gilt auch in dieser Be-

---

§. 401. [1] L. 22 l. 14 C. h. t. Vgl. l. 26 D. h. t. „In operis duobus simul locatis convenit priori conductori ante satisfieri".

[1a] Bei der Werkverdingung mit Zinsen nach Ueberlieferung der geferligten Arbeit, nach Analogie des für den Kaufvertrag Geltenden (§. 389 Note 18)? Nein: Seuff. Arch. XIII. 10.

[2] L. 5 §. 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 28 C. h. t.; l. 13 pr. — §. 4. 6 l. 25 §. 7 D. h. t.

[3] L. 9 §. 5 D. h. t. „Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam . . . scripsit; . . . quippe ut artifex . . . conduxit". L. 11 §. 5 D. h. t., l. 27 §. 29 D. ad leg. Aquil. 9. 2. — Vorbehaltlose Annahme der Arbeit beraubt nicht der Ansprüche wegen der Fehler, welche dem Annehmenden ohne seine Schuld verborgen waren. Seuff. Arch. VIII. 43, X. 256, XII. 153, vgl. XVI. 27.

[4] Vgl. l. 19. 21. 23 D. pro socio 17. 2, l. 55 pr. §. 2 D. de adm. tut. 26. 7.

[5] Das Gesagte folgt aus der Natur der Sache. Durfte derjenige, welcher sich die Arbeit versprechen läßt, nach Lage der Umstände nicht darauf rechnen, daß die Arbeit allein durch denjenigen, welcher sie verspricht, werde ausgeführt werden, so ist es der bona fides nicht gemäß, daß der Versprechende für mehr einstehe, als für culpa in eligendo. Analoge Entscheidungen in l. 21 §. 3 D. de neg. gest. 3. 5, l. 45 §. 1 D. fam. herc. 10. 2, l. 10 §. 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6. A. M. Puchta Vorlesungen zu §. 302 (S. 160 unt. in der 4. Aufl.), Ubbelohde Arch. f. prakt. RW. VII S. 229 fg. (1860) und

ziehung die gleiche Regel, wie bei der Sachmiethe: der Vermiether haftet zwar seinerseits nicht, bekommt aber auch keine Gegen-

---

Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 199 fg. (1864), und, was die Werkverdingung angeht, Burchardi über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen (Kiel 1861); vgl. auch Jhering Jahrb. f. Dogm. VI S. 84. 95. Die Grundvorstellung der drei zuerst genannten Schriftsteller ist die gleiche: nach dem Sinne des abgeschlossenen Vertrages nehme der Arbeitende die Gefahr der Verschuldung der von ihm gebrauchten Gehülfen auf sich. Eine Rechtfertigung dieser Annahme hat Puchta nicht versucht; Ubbelohde (Zeitschr. S. 267 fg.) sieht sie darin, daß der Arbeitende in der Lage sei, sich durch Erhöhung des Lohns eine „Assecuranzprämie" für die übernommene Gefahr zu verschaffen; Burchardi (S. 145) argumentirt so: der Uebernehmer verspricht die Herstellung eines Werkes, damit übernimmt er die Verantwortlichkeit für die Mittel, welche er zur Herstellung desselben verwendet. Ich kann der Beweisführung Ubbelohde's keine überzeugende Kraft zugestehen; in der Argumentation Burchardi's aber sehe ich lediglich eine petitio principii (der Arbeitende verspricht die Herstellung eines Werkes in keiner anderen Weise, als der Leihende die Rückgabe der geliehenen Sache verspricht, und s. l. 10 §. 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6), und keine Verbesserung dieser Argumentation in dem, was Burchardi hinzugefügt: der Unternehmer, welcher Mittel verwende, durch welche die Erfüllung seiner Obligation nicht herbeigeführt werde, sei Schuld an ihrer Nichterfüllung (vgl. auch Ubbelohde S. 221 fg). Auch die Quellenäußerungen, auf welche sich die genannten Schriftsteller berufen, sind nicht geeignet, ihre Behauptung zweifellos zu machen. Es kommen hier folgende Stellen in Betracht. 1) L. 25 §. 7 h. t. cit. „Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset". Es heißt hier „eorum*que*", nicht „eorum*ve*"; also wird culpa sowohl bei dem Unternehmer für erforderlich erklärt (culpa in eligendo), als bei dem Gehülfen. Will man aber dieß auch nicht annehmen, also nicht annehmen, daß der Verfasser der Stelle die „culpa ipsius" als culpa in eligendo gedacht habe, so ist doch die andere Annahme vollkommen erlaubt, daß er culpa in eligendo vorausgesetzt habe. Diese Annahme ist nicht gewagter, als sie es in l. 20 §. 2 D. de praescr. verb. 19. 5 ist, wo sie durch l. 10 §. 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6 nothwendig gemacht wird (a. M. Burchardi a. a. O. S. 85 fg.). In ähnlicher Weise drücken sich ungenau aus l. 12 §. 1 D. commod. 13. 6 und l. 65 pr. D. de usufr. 7. 1 (vgl. l. 11 pr. D. h. t., l. 27 §. 9. 11 D. ad leg. Aq. 9. 2; a. M. auch hier Burchardi S. 106 fg.). 2) L. 40. 41 D. h. t. Hier heißt es, daß, wer „mercedem accipit pro custodia alicuius rei", auch den von den bestellten custodes selbst angerichteten Schaden vergüten müsse. Dieser Stelle gegenüber steht eine doppelte Erklärung offen, entweder a) daß auch hier vorausgesetzt werde, daß bei der Auswahl der custodes ein Fehler gemacht worden sei; oder b) daß angenommen werde,

leistung[6]. Dagegen geht er des Anspruchs auf die Gegenleistung dadurch nicht verlustig, daß der Miether die ihm zur Verfügung gestellten Dienste nicht abnimmt, gleichgültig ob mit oder ohne seine Schuld, und vorausgesetzt nur, daß der Vermiether seine Dienste nicht anderweitig verwerthet hat[7]. Auch dadurch verliert der Arbeiter seinen Anspruch auf die Gegenleistung nicht, daß bei

---

dem Sinne des Vertrages nach sei persönliche custodia versprochen worden, vgl. §. 384 Note 6. (Andere Auffassung bei Burchardi S. 80 fg., welcher diese Stelle nicht für sich geltend macht). 3) L. 60 §. 7 i. f. D. h. t.: — „illam quoque culpam me tibi praestiturum aio, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te afficeret". Die culpa, von welcher hier die Rede ist, ist nicht die culpa des gebrauchten Sclaven, sondern die des Vermiethers (s. gegen Burchardi S. 129 Ubbelohde S. 281), also eben die culpa in eligendo; unter culpa hier schuldlose Schuld, also Veranlassung zu verstehen (vgl. l. 7 §. 4 D. nautae 4. 9, l. 5 §. 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 23 D. pro soc. 17. 2), ist ganz willkührlich. Vgl. auch l. 10 §. 1 D. commod. 13. 6 in Verbindung mit l. 11 l. 20 eod. 4) L. 13 §. 1 D. h. t. Entscheidend sind auch hier die Worte: „si culpa caret". 5) L. 5 §. 8. 10 D. de inst. act. 14. 3. Es handelt sich hier nicht von einer Verhaftung aus eigenem Contract für die Schuld des Gehülfen, sondern von einer Verhaftung aus der Schuld des Gehülfen. S. §. 482 Note 15. 6) L. 19. 21. 23 D. pro soc. 17. 2. S. Note 4. — Uebereinstimmend mit dem hier Gelehrten: Hasse Culpa S. 408 fg., Thöl Handelsr. I §. 33 zu Note 3 u. 4, Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. III S. 93 unt. S. 368. Doch ist der letztere Schriftsteller (S. 362) geneigt, für den Landtransportvertrag (vgl. §. 384 Note 9) ein deutsches Gewohnheitsrecht anzunehmen, nach welchem der Unternehmer unbedingt für sein Dienstpersonal hafte. Diese Bestimmung hat auch das HGB. (Art. 400), mit dem Hinzufügen, daß Eisenbahngesellschaften nicht einmal das Gegentheil stipuliren dürfen (Art. 423). Aus der deutschen Praxis vor und neben dem HGB.: Seuff. Arch. IV. 35. 112, XIII. 140 (für die hier vertretene Ansicht), — VII. 172 (S. 204), vgl. VIII. 52 (dawider). S. noch Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 578 unt.

[6] L. 15 §. 6 D. h. t., l. 10 pr. D. de lege Rhod. 14. 2. A. M. Fuchs Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 403 fg.; dagegen Mommsen Beiträge I S. 383. Seuff. Arch. VI. 31. — Eine besondere Bestimmung im HGB. Art. 60: ein Handlungsgehülfe, welcher durch unverschuldetes Unglück an Leistung seines Dienstes zeitweilig verhindert wird, hat noch sechs Wochen lang Anspruch auf Gehalt und Unterhalt.

[7] L. 19 §. 9 l. 38 pr. D. h. t., vgl. l. 19 §. 10 D. h. t., l. 4 D. de off. assess. 1. 22. Vgl. mit Mommsen a. a. O. S. 353 fg. und III S. 422. 423. Windscheid Heid. kr. Zeitschr. II S. 138. 139; auch Vangerow III S. 240. 241. Seuff. Arch. VIII. 253, vgl. XII. 24.

der Werkverdingung[8] das gefertigte Werk vor der Ablieferung zu Grunde geht, wenn es nur von der Art war, daß der Besteller die Annahme nicht hätte verweigern dürfen[9]. War das Werk, als es zu Grunde ging, theilweise fertig, so bekommt der Arbeiter theilweisen Lohn[10]. — Zu dem Gesagten bemerke man noch Folgendes.

1. Eine besonders wichtige Anwendung der Werkverdingung ist der Frachtvertrag. Für denselben gilt, wenn er mit einem Schiffer abgeschlossen worden ist, die in §. 384 bezeichnete Besonderheit in Betreff der Verhaftung des Frachtführers; abgesehen davon steht er unter den allgemeinen Grundsätzen von der Werkverdingung. Dieselben finden auch Anwendung auf die mit der Post und mit Eisenbahnen abgeschlossenen Frachtverträge[11].

---

[8] Vgl. über das Folgende: v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII. 1, Mommsen Beiträge I S. 368 fg., Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 139—141 und wieder Mommsen III S. 423—428, Burchardi (Note 5) S. 131 fg.

[9] L. 36. 37 1. 62 D. h. t.

[10] L. 59 D. h. t., l. 33 eod. A. M. Mommsen u. Burchardi a. a. O.

[11] Vgl. §. 384 Note 9. — Das Eisenbahnrecht hat in der neueren Zeit eine reiche Literatur erhalten, welche bei Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 572—574 verzeichnet ist. — Das HGB. handelt von dem „Frachtgeschäft" in den Art. 390—431 (von dem Frachtgeschäft der Eisenbahnen insbesondere Art. 422 fg.), von der Seefracht in den Art. 557—679. — Besondere Fragen sind folgende. 1) Hat derjenige, an welchen eine zum Transport übergebene Sache abgeliefert werden soll, ein Forderungsrecht gegen den Frachtführer auf Ablieferung? Gewiß, wenn der Absender ihm sein Forderungsrecht cedirt hat; aber auch ohne Cession? Entscheidend für die Bejahung ist die, merkwürdigerweise in dieser Streitfrage ganz unbeachtet gebliebene, l. 6 §. 2 D. de neg. gest. 3. 5 (§. 316 Note 7ª, §. 431 Note 7). Literatur: Höpfner Arch. f. civ. Pr. XXXVI. 6, Karstens das. XXXVII. 8, Koch Deutschlands Eisenbahnen II S. 106 fg. Seuff. Arch. VI. 59, IX. 56, XII. 291, XIV. 23. Besonderes Recht des Konnossements: das. VI. 241, XII. 291, XV. 49. HGB. Art. 405. „Nach Ankunft des Frachtführers am Ort der Ablieferung (vgl. Art. 404) ist der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger berechtigt, die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der Verpflichtungen, wie sie der Frachtbrief ergibt, in eigenem Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen". Nach der Uebergabe des Frachtbriefes kann ihm dieses Forderungsrecht auch durch anderweitige Dispositionen des Absenders nicht mehr entzogen werden (Art. 402). Bei der Seefracht hat von vorne

2. Es kann bei der Werkverdingung verabredet werden, daß die zu leistende Arbeit nicht an der dem Arbeiter übergebenen Sache hergestellt zu werden brauche, sondern auch an einer andern Sache der nämlichen Art hergestellt werden dürfe. In diesem Falle wird der Arbeiter Eigenthümer der ihm übergebenen Sache, und trägt die Gefahr derselben [12].

---

herein ein ausschließliches Recht auf Ablieferung der Güter der im Konnossement Bezeichnete und im Besitz desselben Befindliche (Art. 647). Das Konnossement kann auch auf Ordre gestellt werden (Art. 646—651). Wenn bei der Landfracht ein Ladeschein ausgestellt wird (Art. 413. 414), so gelten für denselben die gleichen Regeln, wie für das Konnossement (Art. 415—418). 2) Rechtsverhältniß, wenn der erste Frachtführer das Gut einem zweiten zum Weitertransport übergibt? Vgl. darüber Roßhirt Arch. f. civ. Pr. XLIV. 10. Nach allgemeinen Grundsätzen wird man nur sagen dürfen, daß dadurch ein Rechtsverhältniß zwischen dem Befrachter und dem zweiten Frachtführer nicht entsteht, so wie daß der erste Frachtführer dem Befrachter für die Schuld des zweiten Frachtführers nur dann haftet, wenn er entweder durch die Weitergabe gegen eine ausdrückliche oder stillschweigende Vertragsbestimmung gehandelt hat, oder ihm eine Verschuldung bei der Auswahl zur Last fällt. Seuff. Arch. II. 93, IV. 79, VII. 172. 355. Anders das HGB. Art. 401. „Wenn der Frachtführer zur gänzlichen oder theilweisen Ausführung des von ihm übernommenen Transportes das Gut einem anderen Frachtführer übergibt, so haftet er für diesen und die etwa folgenden Frachtführer bis zur Ablieferung. Jeder Frachtführer, welcher auf einen anderen Frachtführer folgt, tritt dadurch, daß er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt, in den Frachtvertrag gemäß dem Frachtbrief ein, übernimmt eine selbständige Verpflichtung, den Transport nach Inhalt des Frachtbriefs auszuführen, und hat auch in Bezug auf den von den früheren Frachtführern bereits ausgeführten Transport für die Verbindlichkeiten derselben einzustehen". Umgekehrt hat der letzte Frachtführer auch die Rechte der früheren auszuüben (Art. 410). Vgl. übrigens auch Seuff. Arch. IX. 56, XII. 25. 3) Gültigkeit abändernder Verträge, abgeschlossen durch ausdrückliche Uebereinkunft oder durch stillschweigende Unterwerfung unter ein öffentlich bekannt gemachtes Reglement des Transportführers? Vgl. darüber Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 559—660. Aus allgemeinen Grundsätzen folgt nur, daß nicht die Nichtverhaftung für Arglist (und grobe Fahrlässigkeit?) ausgemacht werden kann (§. 265 Note 5). Für Eisenbahnen aber geht viel weiter das HGB. Art. 423 fg.

[12] L. 31 D. h. t., l. 34 pr. D. de auro 34. 2. L. 31 pr. cit.: — „rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli. Ex superiore casu rem domini manere, ex posteriore in creditum iri". Auch in diesem Fall (vgl. §. 400 Note 22) spricht man von einer locatio conductio irregularis.

3. Soll dagegen aus einer dem Arbeiter zugehörigen Sache eine Arbeit für den Besteller hergestellt werden, so liegt nicht Miethe, sondern Kauf vor, Kauf einer anzufertigenden Sache[13]. Was dabei den Uebergang der Gefahr auf den Käufer angeht, so entscheiden, wenn die zu bearbeitende Sache eine generisch bestimmte ist, die Grundsätze vom Kauf generisch bestimmter Sachen (§. 390 Nr. 1. a); ist sie individuell bestimmt, so trägt der Besteller die Gefahr nicht sogleich nach Vollendung der Arbeit, sondern erst nach der Annahme (Billigung)[14].

c. Beendigung.

§. 402.

Ueber die Beendigung der Miethe ist folgendes Besondere zu bemerken.

Von demselben handeln: W. Sell Arch. f. civ. Pr. XIX S. 318—330, v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 8—16, Mommsen Beiträge I S. 283—286, Brinz S. 440, Sintenis II §. 118 Anm. 21. Eigentlich liegt in diesem Fall eine Mischung von Mieth- und Austauschgeschäft vor (l. 3 cit.: — „in creditum iri", l. 34 pr. cit. — „quippe quasi permutationem fecisse videatur"), welchen Gedanken besonders Sell, nur zu einseitig, vertritt. Man hat geleugnet: 1) daß das Geschäft den Empfänger zum Eigenthümer mache, oder immer mache (Buchholtz, Brinz), namentlich auch mit Berufung auf die Worte der l. 34 pr. cit. „quatenus dominium transit", wo aber statt quatenus ohne Zweifel zu lesen ist protinus; 2) daß der Empfänger die Gefahr trage (Buchholtz, Brinz, Sintenis), mit Berufung auf l. 31 cit. i. f.: „sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere", welche Entscheidung sich aber vollkommen daraus erklärt, daß in dem von der Stelle behandelten Fall die Verbindlichkeit des Empfängers vertragsmäßig auf das im Schiff befindliche Getreide beschränkt war. S. namentlich Mommsen a. a. O. Note 27, Keller §. 342.

[13] Gai. III. 147, §. 4 I. h. t., l. 2 §. 1 D. h. t., l. 20 l. 65 D. de contr. emt. 18. 1. Nicht hierher gehört der Fall, wo auf einem Grundstück des Bestellers mit dem Material des Arbeiters ein Gebäude hergestellt werden soll, obgleich durch die Einbauung das Material in das Eigenthum des Bestellers übergeht. L. 22 §. 2 D. h. t., l. 20 D. de contr. emt. 18. 1. Ueber die Lesart in l. 20 cit. („etiam") s. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 283, Arndts das. VIII S. 102, Emmerich das. XVIII S. 122. Vgl. Seuff. Arch. XI. 234.

[14] Es ist anzunehmen, daß der Kauf unter der Bedingung der Billigung abgeschlossen worden sei. Vgl. l. 1 §. 6 D. de poll. 50. 12 und Windscheid

1. Ist über die Dauer der Miethe nichts, ausdrücklich oder stillschweigend[1], bestimmt, so kann jede Partei zu jeder Zeit zurücktreten, muß jedoch die ortsübliche Kündigungsfrist, wenn eine solche besteht, beobachten[2]. Auch dann muß die ortsübliche Kündigungsfrist beobachtet werden, wenn der Vertrag ausdrücklich auf Kündigung gestellt worden ist.

2. Unter Umständen ist einseitiger Rücktritt auch vor Ablauf der vereinbarten Miethzeit gestattet. Dieses Recht steht zu bei der Sachmiethe: a) dem Miether, wenn die vermiethete Sache unbrauchbar wird[3], oder mit der Fortsetzung des Gebrauchs eine Gefahr für ihn verbunden ist[4]; b) dem Vermiether, wenn der Miether die gemiethete Sache mißbraucht[5], oder mit dem Miethzins zwei Jahre in Rückstand bleibt[6], ferner wegen Nothwendig-

---

Heid. krit. Zeitschr. II S. 141; aber auch Mommsen Beiträge I S. 367, III S. 428.

§. 402. [1] Bei der Werkverdingung ist eine Miethzeit von selbst durch den im Vertrage bezeichneten Zweck der Arbeit bestimmt. S. auch Seuff. Arch. XVII. 32. — Beweislast, wenn behauptet wird, daß der Miethvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen worden sei? Seuff. Arch. VI. 29.

[2] In dieser Weise ist der Sinn des Vertrages gemäß der bona fides auszulegen. Von der Miethe auf Kündigung spricht l. 4 D. h. t. Vgl. HGB. Art. 61. — Wäre ausdrücklich bestimmt, daß keine Kündigung stattfinden solle, oder daß der Vertrag „auf ewige Zeiten" abgeschlossen sein solle, so würde das Rechtsverhältniß der Parteien nach den Grundsätzen der Emphyteuse zu beurtheilen sein (vgl. I §. 218 Note 5). In l. 10 C. h. t. bezeichnet „perpetua locatio" eine Miethe ohne Bestimmung der Dauer. Verzicht auf die Kündigung für kürzere Zeit: Seuff. Arch. VII. 307.

[3] L. 25 §. 2 D. h. t. („si vicino aedificante obscurentur lumina coenaculi", „si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat"). L. 60 eod., vgl. l. 27 pr. eod. Seuff. Arch. VII. 171.

[4] L. 27 §. 1 l. 13 §. 7 D. h. t., l. 28. 33 D. de damno inf. 39. 2. Vangerow III S. 465. — Verzögerung der Erfüllung des Vertrages begründet für den Miether ein Rücktrittsrecht nur insofern, als mit der Fortsetzung der Miethe ein Schaden für ihn verbunden sein würde, welcher größer ist, als derjenige, welchen er seinerseits dem Vermiether durch seinen Rücktritt zufügt. L. 24 §. 4 l. 60 pr. D. h. t., vgl. §. 280 Note 1, §. 346 Note 6.

[5] L. 54 §. 1 D. l. 3 C. h. t., c. 3 X. de loc. 3. 18. Seuff. Arch. II. 38, XII. 265.

[6] L. 54 §. 1 l. 56 D. h. t., l. 3 C. cit., c. 3 X. cit. C. 3 X cit.: — „si . . . cum canonem per biennium non solvisset, sibi satisfactione celeri non providit". Vgl. I §. 222 Note 10. — Bei der Verpachtung öffent-

keit einer den Gebrauch ausschließenden Reparatur [7] und wegen unvorhergesehenen eigenen Bedürfnisses [8]. [9] Bei der Werkverdingung kann der Besteller zurücktreten, wenn sich herausstellt, daß der von dem Arbeiter gemachte Kostenanschlag um ein Bedeutendes zu niedrig ist [10].

3. Setzt nach Beendigung der Miethzeit der Miether den Gebrauch fort, und der Vermiether widerspricht nicht, so ist dadurch ein neuer Miethvertrag abgeschlossen [11], bei fruchttragenden Grundstücken auf die Dauer eines Jahres [12], bei anderen Sachen, wenn der Vertrag schriftlich abgeschlossen worden ist, auf die in dem Vertrage bestimmte Miethzeit [13], bei nicht schriftlicher Verab-

---

licher Einkünfte ist der Rücktritt wegen Nichtzahlung des Pachtgeldes sofort gestattet, l. 10 §. 1 D. de publ. 39. 4. — Vgl. Sintenis §. 118 Anm. 5, Vangerow S. 464. Seuff. Arch. II. 172, XII. 23. 152.

7 L. 3 C. cit., c. 3 X. cit., l. 30 pr. l. 35 pr. D. h. t. Ungenügend v. Buchholtz Abhandlungen S. 299—303. S. auch Holzschuher III §. 299 Nr. 12. I. b.

8 L. 3 C. cit., c. 3 X. cit. Auf Wohnungsmiethe zu beschränken? Sintenis a. a. O. Anm. 57, Vangerow S. 464, Holzschuher III §. 299 Nr. 12. I[a]. Das Erforderniß der Unvorhergesehenheit bestreitet mit Unrecht (c. 3 X. cit.) v. Buchholtz a. a. O. S. 303.

9 Ueber die Streitfrage, ob auch der Concurs des Pächters, oder wohl gar auch der des Verpächters (l. 8 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5), den Rücktritt rechtfertige, s. Bayer Concursproz. §. 31, Northoff Arch. f. prakt. RW. IX S. 1 fg. (Concurs des Verpächters). Seuff. Arch. I. 390. 391.

10 Aber für den bereits gefertigten Theil der Arbeit muß er zahlen. L. 60 §. 4 D. h. t. — Ueber den Rücktritt von dem Dienstvertrag zwischen dem Principal und dem Handlungsgehülfen enthält besondere Bestimmungen das HGB. Art. 62—64. Vgl. Seuff. Arch. V. 163, XII. 266, XIV. 228. — In dem Erkenntniß des OAG. zu Oldenburg bei Seuff. Arch. X. 42 wird, auf Grund der in den Quellen für die Sachmiethe gegebenen Entscheidungen, welche nur der Ausfluß eines allgemeinen Principes seien, und von l. 22 C. h. t., der Satz aufgestellt, daß von dem Dienstvertrag, und namentlich dem Gesindedienstvertrag, jeder Contrahent zurücktreten könne, sobald ihm „die Aushaltung des Contractes von dem andern Theil in billiger Berücksichtigung der Umstände gar nicht zugemuthet werden" könne.

11 S. g. relocatio tacita. Vgl. darüber namentlich Vangerow III §. 644 Anm., wo über die Literatur und die verschiedenen in derselben vertretenen Meinungen vollständig berichtet ist. Seuff. Arch. II. 285, IV. 218.

12 L. 13 §. 11 l. 14 D. l. 16 C. h. t. Vgl. übrigens auch Holzschuher III §. 298 Nr. 1. I.

13 L. 13 §. 11 cit. Die Auslegung der betreffenden Worte dieser Stelle

redung auf die Zeit, während welcher der Gebrauch wirklich fortgesetzt worden ist[14].

4. Der Tod der Parteien hat auf den Bestand des Miethvertrages keinen Einfluß[15], wenn nicht durch ausdrückliche oder stillschweigende Beredung der Vertrag auf die Person dieses Contrahenten beschränkt worden ist[16].

d. Besondere Anwendung des Miethvertrages*.

§. 403.

Nach dem Seerecht der Rhodier soll, wenn in einer Seegefahr zur Rettung von Schiff und Ladung etwas aufgeopfert wird, der dadurch entstandene Schaden und Aufwand von den Eigenthümern des Geretteten verhältnißmäßig mit getragen werden[1]. Diesen Satz haben die Römer in ihr Recht aufgenommen[2], aber mit den Grundsätzen des Miethvertrages in folgender Weise in Verbindung gebracht: aus dem Miethvertrage hat der von dem Schaden oder dem Aufwand unmittelbar Betroffene einen Ersatzanspruch gegen den Schiffer, dieser einen Rückgriff gegen die Eigenthümer des Geretteten[3]. Näheres[4]:

(„nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est") ist übrigens nicht zweifellos. S. Vangerow a. a. O.

14 L. 13 §. 11 D. h. t. Darf bei der Wohnungsmiethe nicht gesagt werden: bis zum nächsten Umzugstermin, wenn ein solcher ortsüblich besteht? So Holzschuher III §. 298 Nr. 1. I und die daselbst Citirten. Die Worte der l. 13 §. 11 cit. „prout quisque habitaverit" lauten doch zu bestimmt.

15 L. 10 C. h. t., §. 6 I. h. t. Vgl. l. 15 §. 9 — l. 19 pr. D. h. t.

16 Bei der Dienstmiethe wird regelmäßig der Sinn des Vertrages der sein, daß er auf die Erben des Arbeiters nicht übergehen soll. S. ferner l. 4 D. h. t. „Locatio precariive rogatio ita facta, quoad is, qui rem locasset dedissetve, vellet, morte eius, qui locavit, tollitur".

§. 403. * Dig. 14. 2 de lege Rhodia de iactu. — Glück XIV S. 199—232; Unterholzner II S. 353—358, Sintenis II S. 674—679.

1 L. 1 D. h. t.

2 Vgl. l. 9 D. h. t.

3 L. 2 pr. D. h. t. Vgl. l. 2 §. 7 eod. Ist der Schiffer selbst der unmittelbar Betroffene, so fällt das Erste weg.

4 Die Vorschriften des römischen Rechts sind in dem modernen Seerecht näher entwickelt in der Lehre von der großen Haverei (Havariegrosse). Das HGB. handelt von derselben in den Art. 702—735.

1. Zur Vertheilung kommt jeder Schaden und jeder Aufwand, welcher die Folge einer zum Zweck der Rettung von Schiff und Ladung vorgenommenen Handlung ist; Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit der Folge ist gleichgültig [5]. Bei der Berechnung des Schadens darf nur der Einkaufspreis der aufgeopferten Sachen, nicht ihr wirklicher Werth in Anschlag gebracht werden [6].

2. Die zu vertheilende Summe wird in der Weise vertheilt, daß von derselben einerseits die Eigenthümer des Geretteten [7], Schiff und Ladung [8], andererseits aber auch die Ersatzberechtigten selbst einen verhältnißmäßigen Theil tragen [9]. Bei der Schätzung der geretteten Sachen wird ihr jetziger Werth zu Grunde gelegt [10].

3. Was Jeder zu fordern hat, hat er vom Schiffer zu fordern. Dieser zieht seinerseits die auf das gerettete Gut fallenden Beiträge ein, und braucht bis zur Zahlung derselben das Gut nicht herauszugeben [11]. Zahlungsunfähigkeit eines Beitragspflich-

---

[5] In den Quellen wird im Einzelnen erwähnt: a) das Auswerfen von Sachen zum Zwecke der Erleichterung des Schiffes, l. 1 D. h. t. und öfter das.; b) Umladung eines Theils der Ladung auf ein kleineres Schiff, welches dann zu Grunde geht, l. 4 pr. D. h. t.; c) Beschädigung des Schiffes selbst, Kappen von Masten u. dgl., l. 2 §. 1 l. 3 l. 5 §. 1 D. h. t.; d) Loskauf von Piraten, l. 2 §. 3 D. h. t.; e) Beschädigung des im Schiffe verbliebenen Gutes in Folge des Auswerfens von anderem Gute, l. 4 §. 2 D. h. t. — Daß für einen Schaden, welcher seinen Grund in einer Rettungsmaßregel nicht hat, kein Ersatz begehrt werden kann, sagen ausdrücklich l. 2 §. 1 l. 4 pr. l. 5 pr. l. 6 D. h. t. Wie ist es aber, wenn eine Rettungsmaßregel ergriffen worden ist zur Abwendung einer irrigerweise angenommenen Gefahr? Es genügt „eine den Umständen nach vernünftige Ueberzeugung von deren Vorhandensein": Seuff. Arch. VII. 89. — Vgl. HGB. Art. 702. 708—710.

[6] L. 2 §. 4 D. h. t. Anders das HGB. Vgl. im Allgemeinen das. Art. 711—717.

[7] L. 4 pr. §. 1 l. 5 pr. D. h. t. HGB. Art. 726.

[8] L. 2 §. 2 D. h. t. Ausgenommen ist nur der gerettete Mundvorrath. Weiter in den Ausnahmen geht das HGB. Art. 725.

[9] L. 1 D. h. t. „Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est". Man kann auch so sagen: die Einzelnen sind beitragspflichtig 1) mit dem Werth des Geretteten, 2) mit der Summe, welche ihnen bei Berechnung der Ersatzsumme gut geschrieben wird. Vgl. HGB. Art. 718—742.

[10] L. 2 §. 4 l. 4 §. 2 D. h. t.

[11] L. 2 pr. D. h. t. Ein directes Forderungsrecht des Ersatzberechtigten

tigen fällt nicht dem Schiffer zur Last, sondern erhöht die Beitragsquoten der Uebrigen[12]. —

Die Ausdehnung dieser Grundsätze auf andere Fälle, wo Jemand Sachen verschiedener Eigenthümer, zu deren Restitution er verpflichtet ist, in Händen hat, und die Sachen des Einen durch Aufopferung der Sachen des Andern rettet, läßt sich nicht abweisen[13]. Dagegen ist der allgemeine Satz, daß, wer von einem Mehreren drohenden Schaden allein betroffen worden ist, gegen die Uebrigen einen Ersatzanspruch habe, nicht gerechtfertigt[14].

4. Andere gegenseitige Verträge über Gebrauch von Sachen und Diensten.*

§. 404.

Wenn für Gebrauch von Sachen oder Diensten nicht Geld, sondern eine andere Gegenleistung versprochen wird, so nennt man den Vertrag nicht Miethvertrag. Aber es gelten für denselben die gleichen Grundsätze, wie für den Miethvertrag[1]. —

---

gegen den Eigenthümer des geretteten Gutes ist nach gemeinem Recht nur insoweit begründet, als die actio negotiorum gestorum contraria Platz greift (Note 14). Anders nach dem HGB. Vgl. überhaupt das. Art. 727—734.

[12] L. 2 §. 6 D. h. t.

[13] Eben weil sie von den Römern auf die Regeln des Miethvertrags zurückgeführt worden sind, und aus diesen sich ergeben. Sie müssen daher nicht nur bei anderen Fällen des Miethvertrages zur Anwendung kommen, so namentlich beim Landtransport, sondern auch z. B. beim Leihvertrag, und überhaupt in allen Fällen, in welchen in gleicher Weise Ersatzverbindlichkeit und Ersatzanspruch in derselben Person zusammenkommen.

[14] Doch steht demjenigen, welcher zur Abwendung einer gemeinschaftlichen Gefahr selbst etwas aufopfert, deßwegen nicht weniger die actio negotiorum gestorum contraria zu, weil er zu der Aufopferung durch die Rücksicht auf sein eigenes Interesse bestimmt worden ist (§. 431 Note 12). — Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note: Glück XIV S. 233. 234 und die daselbst Citirten, Thibaut Lehrb. §. 644 und Arch. f. civ. Pr. VIII S. 146, W. Sell Versuche S. 100, Unterholzner §. 510. 1, Seuffert §. 433 a. E., Puchta §. 368 a. E., Sintenis §. 118 Anm. 199.

§. 404. [1] Bei den Römern unterschied sich ein solcher Vertrag von dem Miethvertrage dadurch, daß er nicht schon durch die Beredung, sondern erst durch die von einer Partei gemachte Leistung rechtsverbindlich wurde, — es entstand aus demselben nur die actio praescriptis verbis. L. 5 §. 2 l. 17 §. 3 D. de praescr. verb. 19. 5, §. 2 I. de loc. 3. 24.

Ebensowenig spricht man von Miethvertrag, wenn gegen Entgelt eine Dienstleistung versprochen wird, welche allein oder vorwiegend in freier geistiger Thätigkeit besteht[2]. Aber auch in diesem Falle gelten die gleichen Regeln, wie für den Miethvertrag[3]. Namentlich haftet der Schuldner auch hier nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen Nachlässigkeit, und wegen des Mangels derjenigen Kenntnisse und Fähigkeiten, welche der seine

[2] Die Neueren sprechen in diesem Falle von operae liberales. (Vgl. Unterholzner II S. 344 Note b. „Bei dergleichen Diensten mit den Neueren von operae liberales zu sprechen, klingt ungefähr, als wenn man bei uns von einem wissenschaftlichen Handwerk reden wollte".)

[3] Vorausgesetzt, daß nicht freies Kündigungsrecht im Sinne des Vertrages liegt, in welchem Falle das Geschäft als Mandat mit Honorarberedung aufgefaßt werden muß. Vgl. Seuff. Arch. III. 49. — Für die Römer war die Kategorie des Mandates die einzige juristische Kategorie, unter welche eine Beredung dieser Art gestellt werden konnte; wo diese Kategorie versagte, wurde das Geschäft als außerhalb des eigentlichen Rechtsgebietes liegend angesehen, und es blieb nichts übrig, als zu versuchen, ob nicht von dem Inhaber der Jurisdictionsgewalt mit Rücksicht auf die Umstände des einzelnen Falles ein außerordentliches Einschreiten (extraordinaria cognitio) zu erlangen sei. Hierfür bildete sich allmälig doch wieder eine gewisse Regel aus, namentlich was die Eintreibung des rückständigen Honorars anging, s. l. 4 D. de extraord. cogn. 50. 13, tit. Dig. 50. 14 de proxeneticis. Für einen einzelnen Fall, den Fall falscher Berechnung durch einen Feldmesser (mensor), war im praetorischen Edict auch Bestellung eines iudicium versprochen (Dig. 11. 6 si mensor falsum modum dixerit, vgl. Note 4). Ueber den s. g. contractus suffragii s. l. un. C. de suffragio 4. 3, Nov. 8 c. 1. Vgl. überhaupt Unterholzner II §. 521. Heutzutage würde man die realen Verhältnisse und den darauf gebauten Sinn der Contrahenten sehr verkennen, wenn man Verträge dieser Art einer anderen rechtlichen Beurtheilung unterwerfen wollte, als gegenseitige Verträge überhaupt. Die Benutzung geistiger Thätigkeit zum Erwerbe gilt heutzutage nicht nur nicht als eine Verletzung der Würde und des Anstandes, sondern hat auch längst aufgehört, etwas Außergewöhnliches und Auffälliges zu sein. Sie bildet einen Factor im Vermögensverkehr, wie jeder andere Factor, und kann daher — im Principe — für die rechtliche Beurtheilung eine Ausnahmsstellung weder verlangen, noch braucht sie sich dieselbe gefallen zu lassen. Vgl. Sintenis §. 113. I Nr. 2 und §. 119. I. Das Verhältniß wird auch dadurch nicht geändert, daß die Personen, welche solche Dienste leisten, zu diesem Ende vom Staate eine Approbation, Concession, Anstellung erhalten haben, wie Advokaten, Notare, Aerzte, Lehrer ꝛc., — wohl freilich dadurch, daß sie vom Staate berufen sind, in dessen Namen, als Organe desselben, thätig zu werden. In diesem letzteren Falle, welcher z. B. beim Richter vorliegt, wird allerdings mit denselben kein Contrakt abgeschlossen,

Dienste in Anspruch Nehmende bei ihm voraussetzen durfte[4]. Wenn ferner dem Schuldner die Verrichtung der Dienste, wenngleich ohne seine Schuld, unmöglich wird, so hat er keinen Anspruch auf die Gegenleistung[5], während Nichtabnahme der Dienste durch den

---

sondern sie gewähren ihre Thätigkeit kraft des ihnen vom Staate ertheilten Auftrages. A. M. auch in Betreff des Advokaten, so wie „des Rechtsconsulenten, des Lehrers, des Arztes, des agrimensor u. s. w." Wetzell Civilprozeß S. 52, aber nicht mit Berufung auf die öffentliche Stellung dieser Personen, sondern weil die Dienste derselben „kein Vermögensinteresse darbieten". Die letztere Behauptung ist in dieser Allgemeinheit gewiß unrichtig, und würde, wenn sie richtig wäre, die daraus gezogene Consequenz nicht rechtfertigen (§. 251 Note 3).

[4] Wer die Dienste eines Menschen in Anspruch nimmt, welcher von dem Besitze einer Kunst oder Wissenschaft Profession macht, darf, abgesehen von besonderen Umständen, voraussetzen, daß derselbe diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten habe, welche man in dieser Wissenschaft oder Kunst bei gewöhnlichem Fleiße und gewöhnlicher Gewissenhaftigkeit zu erwerben im Stande ist. Besondere Anlagen oder auch nur Anlagen überhaupt anzunehmen, hat er kein Recht. Was Sintenis II S. 339 sagt, daß „bei solchen Geschäften, wornach ein Dienst mittelst Anwendung einer Kunst oder Wissenschaft zu leisten ist", nur für culpa lata gehaftet werde, halte ich nicht für begründet; auch stimmt dazu nicht, was Sintenis selbst §. 119 Anm. 2 ausführt. Das römische Recht erklärt allerdings den mensor (Note 3) nur für haftbar wegen dolus und lata culpa; aber die Beredung mit dem mensor galt den Römern auch nicht als eigentliches Rechtsgeschäft (l. 1 §. 1 D. si mensor: „visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est", s. auch l. 2 D. de proxenet. 50. 14), und dieser Grund fällt heutzutage weg (Note 3). (Uebrigens hat sich auch bei den Römern in späterer Zeit eine andere Auffassung des Vertrages mit dem mensor geltend gemacht, wornach dieser Vertrag sogar unter den Gesichtspunkt der Dienstmiethe gestellt wurde. S. l. 4 §. 1 D. fin. reg. 10. 1 und über eine Stelle der s. g. lex Thoria [c. 44] Rudorff Zeitschr. f gesch. RW. X S. 136 fg.; über die mensores überhaupt dens. das. S. 412 fg.). Was den Arzt angeht, s. noch l. 6 §. 7 D. de off. praes. l. 18, l. 7 §. 8 l. 8 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2, §. 6. 7 I. eod. 4. 3 (auch hier haben die Römer den Gesichtspunkt der Dienstmiethe nicht fern gehalten, l. 7 §. 8 cit.); in Betreff des Advokaten l. 14 §. 1 C. de iud. 3. 1. — A. M. auch hier Wetzell a. a. O., welcher den Advokaten für levis culpa nur wegen der ausdrücklichen Vorschrift der Reichsgesetze (das. Note 17) haften läßt.

[5] Vgl. §. 401 Note 6. Besonderes Recht galt bei den Römern für den patronus fisci; sein Gehalt wurde für das ganze Jahr, in welchem er gestorben war, seinen Erben ausbezahlt. L. 15 §. 1 C. de advoc. 2. 7, l. 3 §. 6 l. 5 §. 6 C. de advoc. divers. iudiciorum 2. 8. Ob auch für die gewöhnlichen Advokaten der Satz galt, daß schuldlose Verhinderung in der Führung des

Gläubiger ihm, vorausgesetzt daß er seine Dienste nicht in anderer Weise verwerthet hat, den Anspruch auf die Gegenleistung nicht nimmt [6]. Auch hier endlich ist es nicht erforderlich, daß die Gegenleistung ausdrücklich versprochen werde; wer Dienste von Jemandem in Anspruch nimmt, von dem er weiß, daß er solche Dienste nur gegen Entgelt leistet, verpflichtet sich, demselben zu leisten, was er fordern wird, vorausgesetzt, daß seine Forderung nicht unbillig ist [7]. Die Frage, ob die Gegenleistung für die Leistung der Dienste selbst gefordert werden kann, oder nur für einen bestimmten durch die Dienstleistung erzielten Erfolg, läßt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles beantworten [8].[9] —

Ein dem Miethvertrag verwandter Vertrag ist auch der Vertrag, durch welchen eine Sache zur Emphyteuse oder Superficies

---

übertragenen Prozesses ihn des Anspruchs auf das bedungene Honorar nicht beraube, ist doch sehr zweifelhaft. Die Quellen (l. 38 §. 1 D. loc. 19. 2, l. 1 §. 13 D. de extr. cogn. 50. 13, l. 11 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6) reden nur davon, daß das empfangene Honorar nicht zurückgegeben zu werden brauche, und dieß erklärt sich (einmal angenommen, daß aus dem Honorarversprechen keine eigentliche Verbindlichkeit entsteht) vollkommen aus dem Recht der Voraussetzung (I §. 100 Note 6). Vgl. auch Mommsen Beiträge I S. 360—362.

[6] L. 19 §. 10 D. loc. 19. 2, l. 4 D. de off. ass. 1. 22. Vgl. §. 401 Note 7 und über den Schluß der zuletzt genannten Stelle Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 139.

[7] Vgl. §. 399 Note 14 und die daselbst Citirten, §. 386 Note 6 zweiter Absatz. Seuff. Arch. IV. 217.

[8] Dem Advokaten wird ein Lohn versprochen nicht für die Gewinnung, sondern für die Führung des Prozesses, dem Arzte nicht für die Heilung, sondern für die Behandlung des Kranken, — dem Makler dagegen nur für die Vermittlung des Geschäftes, nicht für seine Bemühungen um die Vermittlung. Sintenis §. 119 Anm. 5. Seuff. Arch. X. 43. Vgl. über den Makler noch das. XII. 155, XIV. 229; XIII. 14, XIV. 124.

[9] Besondere Vorschriften für die Honorarverträge mit dem Advokaten: l. 1 §. 10. 12 D. de extr. cogn. 50. 13, l. 17 D. mand. 17. 1, l. 5 l. 6 §. 2 C. de post. 2. 6, K. G. O. I. 46 §. 1, R. D. A. 1557 §. 50. Bayer Vorträge §. 101, Wetzell Civilproz. S. 52 fg. — Ungültigkeit des Honorarversprechens, zu welchem der Arzt den Kranken durch Mißbrauch seiner ärztlichen Gewalt bestimmt hat: l. 3 D. de extr. cogn. 50. 13. — Unbestimmte Zusagen eines Honorars verpflichten ebenso wenig, wie unbestimmte Zusagen überhaupt. L. 56 §. 3 D. mand. 17. 1, l. 17 C. eod. 4. 35. Anders verstehen diese Stellen Unterholzner §. 521. u, Sintenis II S. 682.

gegeben wird. Aber auch abgesehen davon, daß diese Rechtsverhältnisse zunächst dinglicher Natur sind, tritt für ihre rechtliche Ordnung der Vertrag in den Hintergrund und die gesetzliche Regel in den Vordergrund, so daß die gleichen Grundsätze für sie auch da gelten, wo sie nicht vertragsmäßig begründet worden sind.

E. Die Gesellschaft*.

1. Begriff und Abschluß.

§. 405.

Der Gesellschaftsvertrag hat im Allgemeinen zum Inhalt die Vereinigung von Leistungen in gemeinschaftlichem Interesse; die Leistung einer jeden der vertragschließenden Parteien soll nicht der anderen ausschließlich zu Gute kommen[1], sondern es soll durch die Zusammenwirkung der Leistungen Aller ein Erfolg erzielt werden, welcher Allen zu Gute kommt[1a]. Im Besonderen kann der Gesellschaftsvertrag noch einen sehr verschiedenen Inhalt haben.

1. Das Endziel des Vertrages ist möglicherweise die durch die einzelnen Leistungen unmittelbar zu bewirkende Vermögensgemeinschaft. Diese Vermögensgemeinschaft kann noch eine mehr oder minder umfassende sein: sie kann sein eine Gemeinschaft des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens[2], bloß des gegenwärtigen

§. 405. * Societas. Inst. 3. 25 de societate. Dig. 17. 2 Cod. 4. 37 pro socio. — Kritz Pandektenrecht Th. I B. 2 S. 23—190 (1837). Glück XV S. 371—476; Unterholzner II S. 378—392, Sintenis II §. 121, Vangerow III §. 651—655.

[1] Vgl. l. 13 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5: — „nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit“.

[1a] Es ist aber kein Grund vorhanden, deßwegen den Gesellschaftsvertrag aus der Reihe der gegenseitigen Verträge auszuschließen, wie Kuntze zu Holzschuher III S. 38 vorschlägt. Der Gesellschaftsvertrag ist nur ein gegenseitiger Vertrag besonderen Inhalts.

[2] L. 1 §. 1 l. 3 §. 1 l. 5 pr. l. 65 pr. §. 3 l. 73 D. h. t.

oder bloß des zukünftigen Vermögens[3], bloß einer gewissen Art des Erwerbes[4], einzelner bestimmter Sachen[5].

2. Das Endziel des Vertrages kann ferner die Erreichung eines außerhalb der Leistungen der Gesellschafter liegenden Zweckes sein, dessen Erreichung durch ihre Leistungen erst ermöglicht werden soll. Dieser Zweck darf kein unerlaubter[6], kann im Uebrigen von der verschiedensten Art sein. Der Hauptfall ist der, wo er in der Erzielung eines Vermögensgewinnes besteht[7], mag dieser Vermögensgewinn durch Geschäftsthätigkeit erzielt werden sollen, oder in anderer Weise[8]. Unter den Fällen, wo der Vermögensgewinn durch Geschäftsthätigkeit erzielt werden soll, ist der bei weitem wichtigste der, wo die Absicht nicht auf ein einzelnes Geschäft[9], sondern auf eine fortlaufende Geschäftsthätigkeit[10] gerichtet ist.

---

[3] Wie ist es, wenn der Gesellschaftsvertrag auf den künftigen „Erwerb" gerichtet ist? In l. 8—13 D. h. t., s. auch l. 71 §. 1 eod., l. 45 §. 2 D. de acq. vel om. her. 29. 2, wird „quaestus" ausgelegt = Verdienst, so daß die societas quaestus den künftigen Erwerb aus Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen nicht ergreifen soll. — Nach l. 7 D. h. t. soll, wenn einfach ausgemacht sei, man gehe eine Gesellschaft ein, im Zweifel angenommen werden, es sei eine societas quaestus gemeint, — eine Wortinterpretation, welche für unsere Verhältnisse gewiß nicht begründet ist. Vgl. Sintenis Anm. 11.

[4] L. 3 §. 2 D. h. t.: — „ut si qua iusta hereditas alterutri obveniret, communis sit". Vgl. auch Note 3.

[5] L. 58 pr. i. f. D. h. t. In l. 5 pr. l. 65 pr. D. h. t. ist unter „res" ohne Zweifel „Geschäft" zu verstehen. Vgl. l. 65 §. 10 D. h. t.

[6] L. 57 D. h. t., l. 70 i. f. D. de fidei. 46. 1. Seuff. Arch. IX. 287, XIII. 257.

[7] Der Zweck kann aber auch z. B. Vergnügen, Belehrung sein, oder wenn auch ein Vermögenszweck, doch nicht die Erzielung von Gewinn, s. z. B. l. 52 pr. §. 11. 12. 13 l. 65 §. 2. 4 D. h. t. — Von dem Fall, wo der Gesellschaftszweck die Erzielung von Vermögensgewinn ist, handelt die Schrift von Treitschke: die Lehre von der unbeschränkten obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen. Nach römischem Recht, mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen (1844).

[8] Z. B. durch Fruchtziehung (l. 52 §. 2 D. h. t.), durch Ertheilung von Unterricht (l. 71 pr. D. h. t.), durch schauspielerische Darstellung oder andere öffentliche Aufführungen, durch Ausstellung von Kunstwerken.

[9] L. 58 pr. D. h. t., l. 44 eod., l. 2 C. h. t., l. 13 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5; vgl. l. 31—33 D. h. t. Thöl Handelsr. I §. 48. Seuff. Arch. X 45.

[10] L. 5 pr. l. 52 §. 4. 5 D. h. t. Seuff. Arch. XVIII. 36.

Es ist dieß die Handelsgesellschaft, welche im modernen Recht mannichfach in eigenthümlicher und vom römischen Recht abweichender Weise entwickelt worden ist[11]. — Die Beiträge der Parteien, durch welche die Erreichung des gemeinschaftlichen Zweckes ermöglicht werden soll, können in Sachen, körperlichen oder unkörperlichen, oder in Arbeit[12] bestehen. Bestehen sie in Sachen, so ist noch entweder möglich, daß diese Sachen dem Rechte nach gemeinschaftlich gemacht, oder daß sie nur zum Zweck des Gebrauchs, der Benutzung, der Verwendung, der Veräußerung zur Verfügung gestellt werden sollen[13]. Daß die zu leistende Arbeit einen Geldwerth habe, ist nicht nothwendig[14], obgleich dieß das Regelmäßige ist.

Aus dem Begriff der Gesellschaft folgt, daß jeder Gesellschafter einen Beitrag geben, und jeder einen Antheil an dem Gesellschaftsvortheil haben muß; ist das Eine oder das Andere nicht der Fall, so liegt nicht Gesellschaft vor, sondern eine unter dem Namen der Gesellschaft versteckte Schenkung[15]. Dagegen wird der Begriff des Gesellschaftsvertrages dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Größe des Antheils eines Gesellschafters der Größe seines Beitrages nicht entspricht[16]. Auch das kann bei

---

11 Für das römische Recht s. Rösler die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischem Recht, Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 252—326. Auf die Abweichungen des modernen Rechts kann im Folgenden nur hingedeutet werden; die nähere Ausführung muß dem Handelsrecht überlassen werden. Vgl. Thöl Handelsr. I §. 34—38, und in Betreff der neueren Gesetzgebungen die in Note 7 citirte Schrift von Treitschke. HGB. Buch II.

12 §. 2 I. h. t., l. 52 §. 2. 7 l. 80 D. h. t., l. 1 C. h. t.

13 L. 58 pr. §. 1 l. 52 §. 2 D. h. t. Ob das Eine oder das Andere gewollt sei, ist lediglich nach den Umständen des einzelnen Falles zu bestimmen. Vgl. Gesterding Irrthümer S. 291 fg., Guyet Abhandlungen Nr. 9, Treitschke §. 32. 33, Vangerow §. 651 Anm. 2, Sintenis Anm. 24, Holzschuher III §. 304 Nr. 4, Rösler Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 259—261.

14 S. §. 251 Note 3. — HGB. Art. 91.

15 L. 29 §. 2 D. h. t., l. 5 §. 2 eod., l. 16 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 32 §. 24 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Seuff. Arch. XVI. 110.

16 Scheinbar widersprechend ist l. 29 pr. D. h. t., vgl. §. 1 eod. Aber diese Stelle will wohl nur sagen, daß in einem solchen Falle der Vertrag nicht ausschließlich als Gesellschaftsvertrag, sondern auch als Schenkungsvertrag gelte

der Gesellschaft ausgemacht werden, daß, wenn sich als Resultat der gemeinschaftlichen Unternehmung Schaden ergeben sollte, derselbe nach einem andern Verhältniß getheilt werden solle, als der sich etwa ergebende Gewinn, selbst das, daß der Schaden einen Gesellschafter allein treffen solle[17].

Geschlossen wird der Vertrag durch die erklärte Einigung der Parteien über die wesentlichen Punkte. Einer Form bedarf diese Einigung nicht[18].

2. Rechtsverhältnisse.

a. Nach Innen.

§. 406.

Die Verpflichtungen der Gesellschafter gegen einander stehen unter freiem richterlichen Ermessen[1]. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Jeder Gesellschafter hat den versprochenen Beitrag zu liefern, also, wenn derselbe in Arbeit besteht, die betreffenden

---

(s. g. negotium mixtum donatione). Wenigstens ist nicht abzusehen, weßwegen eine Vereinbarung der gedachten Art den ganzen Gesellschaftsvertrag eher ungültig machen sollte, als der Kaufvertrag durch zu niedrige Ansetzung des Kaufpreises ungültig wird (l. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 §. 5 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). S. auch §. 1 I. h. t. Treitschke §. 4, Unterholzner S. 383 Note t, Sintenis Anm. 35 a. E.

[17] L. 29 §. 2 l. 30 D. h. t., §. 2 I. h. t. Vangerow §. 651 Anm. 1. Ist bloß über den Antheil am Gewinn, oder bloß über den Antheil am Schaden etwas ausgemacht; so gilt die gleiche Festsetzung auch für das Gegentheil, §. 3 I. h. t.

[18] Für den Handelsvertrag erfordern Particularrechte schriftliche Form und öffentliche Bekanntmachung; das HGB. (Art. 86—89. 151—154) erfordert letztere, jedoch nicht als Bedingung der Gültigkeit. — Verstellung von Bestimmungen des Vertrags auf das Ermessen eines Dritten oder eines Gesellschafters: l. 75—80 l. 6 D. h. t. Bedingung und Befristung: l. 1 pr. D. l. 6 C. h. t. — Stillschweigender Abschluß: Holzschuher III §. 304 Nr. 1.

[1] Die actio aus dem Gesellschaftsvertrag (actio pro socio) ist actio bonae §. 406.
fidei, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 52 §. 1 D. h. t. Dieselbe ist „ab utraque parte directa“, §. 2 I. de poena tem. litig. 4. 16. — Man bemerke: es gibt nur Verpflichtungen der Gesellschafter gegen einander; es gibt nicht Verpflichtungen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter, oder umgekehrt, als wäre die Gesellschaft eine von den Personen der Gesellschafter verschiedene, eine juristische

Dienste zu leisten[2]. Wird ihm die Lieferung des versprochenen Beitrages unmöglich, so haftet er außer wegen Arglist auch wegen derjenigen Nachlässigkeit, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt[3]; ist die Unmöglichkeit ohne seine Schuld eingetreten, so braucht er zwar keinen Ersatz zu leisten, aber es sind nun auch die anderen Gesellschafter nicht zur Leistung ihres Beitrages verpflichtet, ausgenommen in dem Falle, wo von ihrer Seite bereits eine Entäußerungserklärung vorliegt[4].

2. Auch in dem Falle, wo der Gesellschafter durch sein Verhalten in Gesellschaftsangelegenheiten der Gesellschaft einen Schaden zufügt, wird ihm als Schuld außer der Arglist nur die zuvor bezeichnete Nachlässigkeit angerechnet[5]. Ueberläßt er die Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten, welche er selbst hätte be-

---

Person. Wenn man von Verpflichtungen der Gesellschaft und gegen die Gesellschaft spricht, so ist „Gesellschaft" nur ein abgekürzter Ausdruck für die Personen der Gesellschafter. Seuff. Arch. XII. 271 (vgl. III. 198). — Anders nur bei der Actiengesellschaft; diese ist in Wirklichkeit juristische Person. S. I §. 58 Note 5, und außer den daselbst Genannten jetzt noch: Renaud das Recht der Actiengesellschaften (1863) §. 3—15, Kuntze krit. VJSchr. VI S. 69 fg., Zeitschr. f. Handelsr. VI S. 229 fg.

2 Bei der Gesellschaft des ganzen Vermögens muß auch beigetragen werden, was ein Gesellschafter in Folge einer gegen ihn verübten unerlaubten Handlung, nicht aber, was er durch eigene unerlaubte Handlung erworben hat. L. 52. §. 16. 17 l. 53—55 D. h. t. — Bei der genannten Gesellschaft bedarf es für die zur Zeit der Eingehung vorhandenen körperlichen Sachen keiner besondern Tradition; dieselbe gilt als stillschweigend gemacht (constitutum possessorium). S. I §. 171 Note 2. Treitschke §. 37, Sintenis Anm. 20.

3 Die Quellen sagen bald allgemein, der Gesellschafter hafte auch für Nachlässigkeit, bald bestimmen sie die Nachlässigkeit, für welche er haftet, näher in der im Text bezeichneten Weise. L. 52 §. 2. 3. 11 D. h. t.; l. 72 D. h. t., §. 9. I. h. t. Hasse Culpa §. 69, Treitschke §. 21—24, Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 238—241. — HGB. Art. 94.

4 S. l. 58 pr. §. 1 D. h. t. und §. 321 Nr. 3. Man bemerke in l. 58 pr. cit. die Worte: „si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur". Es wird nicht Tradition verlangt, damit der Gesellschafter von der Gefahr des Unterganges der beizutragenden Sache frei sei. Vgl. Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 143. 144; abweichende Ansichten bei Wächter Arch. f. civ. Pr. XV S. 206—211, Mommsen Beiträge I §. 33.

5 L. 52 §. 2. 3. 11 D. h. t. in Verbindung mit dem in Note 3 Gesagten. — Seuff. Arch. IX. 28.

sorgen sollen, Andern, so haftet er für den daraus entstehenden Nachtheil unbedingt[6].

3. Der Gesellschafter muß herausgeben[7], was er für die Gesellschaft[8] oder aus Gesellschaftsvermögen[9] erworben hat. Umgekehrt kann er Ersatz für die Aufopferungen verlangen, welche er im Interesse der Gesellschaft gemacht hat[10], so wie für den Schaden, welchen er bei Gelegenheit der Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten erlitten hat[11]. — Bei der Gesellschaft des ganzen Vermögens kann der Gesellschafter verlangen, daß alle Schulden aus der Gemeinschaft bezahlt werden; nur seine Delictsschulden werden ihm auf seinen Theil allein angerechnet[12].

4. Der Gesellschafter hat Anspruch auf Herausgabe eines verhältnißmäßigen Theils des Gesellschaftsvortheils. Ueber die

---

[6] L. 23 pr. §. 1 D. h. t. Vgl. §. 401 Note 5, auch §. 258 Note 4. Burchardi über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen S. 46 fg.; abweichend Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 285 fg.

[7] D. h. in das gemeinschaftliche Vermögen bringen (communicare), l. 67 pr. D. h. t.

[8] L. 52 pr. l. 67 pr. l. 74 D. h. t. Vgl. l. 52 §. 5 D. h. t. Seuff. Arch. VI. 194.

[9] L. 38 §. 1 D. h. t., l. 1 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 60 pr. D. h. t.; vgl. l. 63 §. 9 D. h. t. Dahin gehört namentlich auch der Nutzen, welchen der Gesellschafter dadurch zieht, daß er Gesellschaftsgeld, oder Geld, welches er der Gesellschaft herausgeben müßte, in seinen eigenen Nutzen verwendet, l. 1 §. 1 cit., l. 60 pr. cit. (— „si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit"; der Anfang der Stelle ist ungeschickt ausgedrückt, vgl. Sintenis Anm. 21, aber auch Mommsen Beiträge III S. 238. 239). Dagegen braucht er Zinsen, welche er von Geld der bezeichneten Art durch Ausleihung für sich zieht, nach allgemeinen Grundsätzen (§. 327 Note 12) nicht herauszugeben, weil er die Gefahr der Ausleihung trägt. Hat er sich aber widerrechtlich in den Besitz von Gesellschaftsgeld gesetzt, so zahlt er Zinsen wegen der dadurch begründeten mora ex re (§. 278 Nr. 2), l. 1 §. 1 cit. (— „quod pecuniam communem invaserit"). — HGB. Art. 95.

[10] L. 38 §. 1 l. 52 §. 10. 12. 15 l. 67 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t. Mit Zinsen, weil er sonst keinen vollen Ersatz haben würde: l. 67 §. 2 D. h. t. Seuff. Arch. IX. 30. — HGB. Art. 93 Abs. 1. 3.

[11] L. 52 §. 4 l. 60 §. 1 l. 61 D. h. t. Bei Gelegenheit: anders beim Mandate, l. 26 §. 6 D. mand. 17. 1.

[12] L. 27 l. 73 l. 81 D. h. t., l. 39 §. 3 D. fam. herc. 10. 2; l. 52 §. 18 l. 59 D. h. t. Bedingte und befristete Schulden: l. 27. 28 D. h. t. (I §. 89. 96).

Größe dieses Antheils entscheidet die Festsetzung im Vertrage; bei Mangel derselben kommt jedem Gesellschafter ein gleicher Antheil zu [13]. Das Gesagte gilt sowohl für die Vertheilung der Einkünfte des gemeinschaftlichen Vermögens, bez. des laufenden Gewinnes, als für die Vertheilung des gemeinschaftlichen Vermögens selbst nach Auflösung der Gesellschaft, bez. des dann sich herausstellenden Gewinnes [14].

5. Die Gesellschafter haben gegen einander die Rechtswohlthat des Nothbedarfs [15]. Der durch die Zahlungsunfähigkeit eines Gesellschafters entstehende Schaden ist auf alle zu vertheilen [16].

---

[13] §. 1 I. h. t., l. 29 pr. D. h. t. Es ist zwar vielfach behauptet worden, in diesen Stellen seien unter „aequae, aequales partes“ verhältnißmäßig gleiche Theile zu verstehen; aber diese Auslegung ist offenbar willkürlich. Vgl. Vangerow §. 655 Anm. und die daselbst Genannten. Seuff. Arch. VII. 175. Die Quellen finden es allerdings durchaus billig, daß der Antheil an dem Gesellschaftsvortheil nach der Höhe des Beitrages bestimmt werde, l. 6 l. 76—80 D. h. t.; nach den oben genannten Stellen aber muß man annehmen, daß sie in der Unterlassung der Festsetzung von Gesellschaftsantheilen entweder die Erklärung finden, die scheinbar ungleichen Antheile seien in der Wirklichkeit gleich, indem nämlich die Persönlichkeit der Gesellschafter mit in die Wagschale gelegt wird (l. 80 i. f. D. h. t.), oder einen Verzicht des einen größeren Beitrag leistenden Gesellschafters. — HGB. Art. 109. „Der Gewinn oder Verlust wird, in Ermangelung einer andern Vereinbarung, unter die Gesellschafter nach Köpfen vertheilt“. Vgl. Art. 268 (106).

[14] Nach Auflösung der Gesellschaft ist, wenn die Gesellschaft lediglich auf Gemeinschaftlichwerden von Vermögensstücken gerichtet war, das vorhandene Vermögen nach den Gesellschaftsantheilen zu vertheilen, ohne Rücksicht auf die Größe der von den einzelnen Gesellschaftern eingeschossenen Beiträge. Dagegen ist bei einer auf Erzielung von Gewinn gerichteten Gesellschaft nach den Gewinnantheilen der einzelnen Gesellschafter eben auch nur der vorhandene Gewinn zu vertheilen, nicht dagegen das vorhandene Vermögen. Gewinn ist aber nur der Ueberschuß über die gemachten Einlagen; jeder Gesellschafter zieht also vorher seine ganze Einlage zurück, und nicht etwa nur den seinem Gewinnantheil entsprechenden Theil derselben. Vgl. hierüber namentlich Vangerow §. 651 Anm. 2 Nr. 2. Seuff. Arch. VII. 175. — Kann nach Auflösung der Gesellschaft auf Grund des Gesellschaftsvertrages auch reelle Abtheilung des Gemeinschaftlichen verlangt werden? Ohne allen Zweifel, obgleich bei den Römern dem iudex in der actio pro socio die Adjudicationsbefugniß fehlte. L. 43 D. h. t., l. 1 D. comm. div. 10. 3.

[15] S. §. 267 Nr. 5.

[16] L. 65 §. 5 l. 67 pr. D. h. t.

b. Nach Außen *.

§. 407.

So wenig die Gesellschaft den Gesellschaftern gegenüber eine von ihnen verschiedene Person bildet [1], so wenig thut sie dieß gegenüber Dritten [1a]. Auch Dritten gegenüber gibt es nur Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschafter, nicht Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft [2]. Dieß ist von Wichtigkeit namentlich in Betreff der Verbindlichkeiten. Für die in Gesellschaftsangelegenheiten erwachsenden Verbindlichkeiten haftet nicht die Gesellschaft, sondern es haften dafür die Gesellschafter, sämmtliche oder einzelne, und daher, wie für andere Verbindlichkeiten, mit ihrem ganzen Vermögen; sie können nicht etwa die Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen beschränken [3], obgleich sie allerdings

---

* Vangerow §. 653 Anm., Sintenis S. 707—710, Treitschke §. 54 fg., Thöl Handelsr. I §. 37. 38. §. 407.

[1] S. §. 406 Note 1.

[1a] Abgesehen auch hier von der Actiengesellschaft. — Ueber die römische societas publicanorum s. außer den I §. 57 Note 2[a] Genannten jetzt noch: Salkowski Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen §. 5, Kuntze krit. VJSchr. VI S. 60.

[2] Dieß gilt im Principe auch von der modernen Handelsgesellschaft, obgleich in derselben eine Neigung zur Ausbildung als selbständige Rechtspersönlichkeit nicht zu verkennen ist. HGB. Art. 111 (vgl. Seuffert Archiv XIII. 57). 113. 119—122. In der That ist denn auch schon mehrfach, vor und nach dem Handelsgesetzbuch, für die Handelsgesellschaft die Eigenschaft einer juristischen Person in Anspruch genommen worden. S. namentlich Gelpcke in seiner Zeitschrift für Handelsrecht Heft 2 Nr. 1, Ladenburg Zeitschr. f. Handelsr. I S. 136—141 und Arch. f. Wechselr. X S. 227 fg., Salkowski a. a. O. §. 7, außerdem die Citate bei Thöl §. 39 Note 19. — Versuche, das Recht der Handelsgesellschaft an die römische Lehre vom Peculium anzuknüpfen oder es darauf zu gründen: Dietzel Zeitschr. f. Handelsr. II S. 1 fg., Rösler das. IV S. 300 fg., Bekker das. S. 537 (vgl. §. 484 Note 20). Eigenthümliche Auffassung bei Kuntze Zeitschr. f. Handelsr. VI S. 208 fg., welcher das bewegende Princip der Handelsgesellschaft in der deutschrechtlichen Idee der gesammten Hand findet.

[3] So auch das HGB. Art. 112, Art. 85 Abs. 1. — Eine Ausnahme findet statt bei der, lediglich dem modernen Recht angehörigen, stillen oder Commanditgesellschaft (nach dem HGB., welches beide unterscheidet, stillen und Commanditgesellschaft). Bei dieser Art der Gesellschaft haftet der stille Gesell-

verlangen können, daß das Gesellschaftsvermögen zuerst angegriffen werde[4]. Die Frage, ob aus den Rechtsgeschäften, welche ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten abschließt, auch die übrigen Gesellschafter unmittelbar[5] berechtigt und verpflichtet werden, beantwortet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Darnach tritt eine solche unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung ein, wenn der Gesellschafter in befugter Vertretung der übrigen gehandelt hat[6]; und zwar haften für die in dieser Weise begründeten Verbindlichkeiten die sämmtlichen Gesellschafter als Correalschuldner[7]. Hatte der Gesellschafter keine Vertretungsbefugniß,

---

schafter oder Commanditist nur mit seiner Einlage, tritt aber auch nach Außen als Gesellschafter gar nicht hervor, so daß die Gläubiger ein Klagerecht bloß gegen den s. g. Complementar haben (nach dem HGB. gilt dieses letztere nur für die stille Gesellschaft). Thöl Handelsr. I §. 40—43a. HGB. Art. 150—172. 250—265.

[4] L. 65 §. 14 D. h. t. Diese Stelle handelt zwar nur von dem Fall, wo der Gläubiger seinerseits ein Gesellschafter ist; aber es ist kein Grund vorhanden, ihre Entscheidung auf diesen Fall zu beschränken. — HGB. Art. 122.

[5] Unmittelbar, ohne dazwischen liegendes Rechtsgeschäft zwischen den Gesellschaftern.

[6] Vgl. Seuff. Arch. XII. 60. Bei Handelsgesellschaften hat die Vertretungsbefugniß, wer das Recht hat, für die Firma der Gesellschaft zu zeichnen. Dieses Recht steht im Zweifel kraft stillschweigender Einräumung jedem Gesellschafter zu. Thöl §. 38 Nr. 3. Seuff. Arch. II. 179, III. 195. 197. 360, IV. 115, XI. 287, XII. 270; vgl. II. 287. 288, X. 46. (HGB. Art. 114—116.) Bei andern Gesellschaften haben die Gesellschafter nicht ohne Weiteres Vertretungsbefugniß. Seuff. Arch. XII. 270.

[7] In der dem Gesellschafter ertheilten Vollmacht liegt ein Sichanheischigmachen dem dritten Contrahenten gegenüber, und ein solches Sichanheischigmachen verbindet die Mehreren, von welchen es ausgeht, solidarisch; die Einheit der Obligation aber, welche die mehreren Haftenden zu Correalschuldnern macht, beruht auf der Einheit des Begründungsactes. S. §. 482 Note 16. 16a. Dabei kann es auch keinen Unterschied machen, ob der Gesellschafter als Institor (§. 482), oder im Namen der übrigen Gesellschafter contrahirt. Thöl Handelsr. I S. 212. 221, Gensel Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 177 fg. Nach dem §. 293 Note 8 Gesagten kommt übrigens dem Gesellschafter die Rechtswohlthat der Theilung zu Gute. Uebereinstimmend Sintenis Anm. 98; a. M. Vangerow S. 493, Thöl a. a. O. S. 212, s. auch Holzschuher III §. 306 Nr. 1. I. A, Seuff. Arch. III. 360, XII. 13. — Uebernehmen die sämmtlichen Gesellschafter selbst und im eigenen Namen eine Verbindlichkeit, so haftet jeder nur für seinen Gesellschaftstheil. L. 11 §. 2 D. de duob. reis 45. 2, l. 44 §. 1 D. de aed. ed. 21. 1, l. 4 D. de exerc. act. 14. 1.

so haften die übrigen Gesellschafter nur, soweit die Gesellschaft durch das Geschäft bereichert worden ist[8], und nur für ihren Theil[9]. — Neu eintretende Gesellschafter haften für die früher entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten nur, wenn sie dieselben mit übernommen haben[10].

3. Beendigung.

§. 408.

Die Gesellschaft hört auf durch den Ablauf der Zeit[1], für welche, und den Eintritt der auflösenden Bedingung[1], unter welcher sie eingegangen worden ist, durch Erschöpfung[2] oder Unmöglichwerden[3] ihres Zweckes, durch Vereinbarung; außerdem aber durch einseitigen Rücktritt, durch Tod eines Gesellschafters, so wie dadurch, daß ein Gesellschafter sein ganzes Vermögen verliert.

1. Einseitiger Rücktritt[4]. Derselbe darf nicht unzeitig erfolgen, d. h. nicht in einer die Gesellschaftsinteressen schädigenden Weise; sonst haftet der Rücktretende auf Schadensersatz[5]. Ebenso wenig darf der Rücktritt in arglistiger Weise erfolgen, d. h. in der Absicht, einen Gewinn, welcher sonst in die Gesellschaft fallen würde, für sich allein zu machen; sonst fällt der Gewinn in die Gesellschaft dennoch, während, wenn statt des gehofften Gewinnes

---

Vangerow a. a. O. Nr. I, Sintenis Anm. 91, Thöl §. 37 a. E. S. jedoch auch die Bemerkungen von Gensel a. a. O. S. 208 fg.

[8] L. 82 D. h. t. Vangerow II. 2. b. c, Sintenis Nr. 2 und Anm. 92, Thöl §. 37 Note 18. 19. Letzterer läßt den Gesellschafter auch dann haften, wenn das Geschäft nicht für die Gesellschaft abgeschlossen worden ist. Vgl. darüber und dagegen §. 483 Note 5.

[9] L. 10 §. 4 l. 13 D. de in rem verso 15. 3.

[10] Welche Uebernahme aber auch durch öffentliche Bekanntmachung geschehen kann. Seuff. Arch. II. 178. Weiter geht das HGB. Art. 113. Vgl. Thöl Handelsr. §. 39. IV Nr. 4.

[1] L. 1 pr. D. h. t. §. 408.

[2] L. 65 §. 10 D. h. t., §. 6 I. h. t.

[3] L. 63 §. 10 D. h. t.

[4] L. 4 §. 1 l. 63 §. 10 D. h. t., l. 5 C. comm. div. 3. 37, §. 6 I. h. t. Treitschke §. 67—69.

[5] L. 14 l. 17 §. 2 l. 65 §. 5 D. h. t. — Das HGB. Art. 114 verlangt sechsmonatliche Kündigung.

sich Schaden ergeben sollte, der Gesellschafter diesen allein trägt [6]. Ist die Gesellschaft für eine gewisse Zeit eingegangen, so ist der Rücktritt vor Ablauf derselben nur aus rechtfertigenden Gründen gestattet [7]; beim Rücktritt ohne rechtfertigenden Grund steht es im Belieben des andern Gesellschafters, ob die Gesellschaft als fortbestehend, oder als aufgelöst betrachtet werden soll [7a]. Ebenso steht es im Belieben des andern Gesellschafters, von welchem Zeitpunkte die Gesellschaft als aufgelöst gelten soll, wenn ihm die Rücktrittserklärung erst später zugeht [8].

2. Tod eines Gesellschafters [9]. Die Gesellschaft geht nicht auf die Erben des Gestorbenen über [10], nicht einmal, wenn dieß ausdrücklich ausgemacht worden ist [11]. Jedoch ist der Erbe verpflichtet, sich der von seinem Erblasser begonnenen Geschäfte anzunehmen, wobei er aber nur für Arglist und grobe Nachlässigkeit haftet [12]. Geschäfte, welche ein Gesellschafter für die Gesell-

---

[6] L. 65 §. 3. 4 D. h. t., §. 4 I. h. t.

[7] L. 14 l. 15 l. 16 pr. l. 65 §. 6 D. h. t. Ob ein rechtfertigender Grund vorliege, hat im einzelnen Fall der Richter zu entscheiden. Vgl. HGB. Art. 125. — Kann der Gesellschaftsvertrag gültig auf Lebenszeit eingegangen werden? Allerdings, l. 1 pr. D. h. t.; nicht steht entgegen l. 70 eod. A. M. Treitschke §. 67, Sintenis Anm. 108; Seuff. Arch. XVI. 45.

[7a] L. 65 §. 6 D. h. t.

[8] Ob die Gesellschaft als aufgelöst gelten soll vom Rücktritt an, oder erst von der Zeit an, wo ihm die Rücktrittserklärung zugegangen ist. L. 65 §. 8 D. h. t.

[9] §. 5 I. h. t.: — „quia, qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit". L. 60 pr. i. f. l. 63 §. 10 l. 65 §. 9 D. h. t. Nach römischem Rechte wirkte wie der Tod auch die capitis diminutio, l. 4 §. 1 l. 63 §. 10 D. h. t., Gai. III. 153.

[10] L. 63 §. 8 l. 65 §. 11 D. h. t., l. 6 §. 6 D. de his qui not. 3. 2.

[11] L. 35 l. 52 §. 9 l. 59 pr. D. h. t. Ist dieß nicht durch l. un. C. ut act. et ab her. 4. 11 (§. 316 Note 8) anders geworden? Mir scheint es ungerechtfertigt, die Aufnahme der genannten Pandektenstellen einem bloßen Versehen der Compilatoren zuzuschreiben. A. M. Dietzel Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 435. 436; s. auch Treitschke S. 196. 197, Holzschuher III §. 307 Nr. 2. — Anders HGB. Art. 123 Nr. 2.

[12] L. 40 l. 35 D. h. t. (vgl. zu letzterer Stelle l. 68 pr. D. de contr. emt. 18.1, und überhaupt l. 1 pr. l. 4 pr. D. de fidei. tut. 27. 7). L. 36 l. 65 §. 9 D. h. t. sind von der vom Erblasser begangenen Nachlässigkeit zu verstehen.

schaft abschließt, ehe er von dem Tode des Gesellschafters erfahren hat, gelten als Gesellschaftsgeschäfte [13].

3. Verlust des ganzen Vermögens [14]. Derselbe kann erfolgen durch Concurs, durch Confiscation [15], in anderer Weise [16]. —

Für alle Fälle der Beendigung der Gesellschaft gilt, daß die Gesellschaft fortwirkt für den Erwerb und Verlust, welcher nach ihrer Beendigung durch früher vorgenommene Gesellschaftshandlungen herbeigeführt wird [17]. —

Beschließen nach dem Wegfall eines Gesellschafters die übrigen, in Gesellschaft zu bleiben, so ist dieß Begründung einer neuen Gesellschaft, nicht Fortsetzung der alten [18]. Ein solches Verbleiben in der Gesellschaft kann auch im Voraus ausgemacht werden [19].

F. Der Auftrag*.

1. Begriff und Abschluß.

§. 409.

Durch Ertheilung und Uebernahme eines Auftrages [1] kommt

[13] L. 65 §. 10 D. h. t.

[14] Treitschke §. 70. 71.

[15] L. 65 §. 1. 12 D. h. t., §. 7. 8 I. h. t. — Kann der Gesellschafter, welcher den Antheil des Gesellschafters an die Concursmasse herausgibt, seine Forderungen aus der Gesellschaft abziehen? Treitschke §. 95. 96. HGB. Art. 126. — Separationsrecht der Gesellschaftsgläubiger überhaupt? Thöl S. 225: „Gemeinrechtlich gilt kein Particularconcurs der Handelsgläubiger". Treitschke §. 100; fernere Literatur oben §. 272 Note 7. Ein Separationsrecht gibt den Gläubigern im Falle des Concurses der Gesellschaft das HGB. Art. 122.

[16] L. 4 §. 1 D. h. t. „Dissociamur . . . egestate".

[17] L. 27. 28 l. 38 l. 63 §. 8 l. 65 §. 2. 9 D. h. t. Seuff. Arch. IX. 30. Vgl. HGB. Art. 130 Abs. 2.

[18] §. 8 I. h. t. Vgl. l. 58 §. 3 D. h. t. — HGB. Art. 128.

[19] L. 65 §. 9 D. h. t., §. 5 I. h. t. — HGB. Art. 127.

* Inst. 3. 26 de mandato. Dig. 17. 1 Cod. 4. 35 mandati vel contra. — §. 409. Kritz Pandektenrecht Th. I Band 1 S. 1—114. Glück XV S. 239—370; Unterholzner II S. 585—600, Sintenis II §. 113, Holzschuher III §. 273.

[1] Mandatum. Der Auftraggeber wird in den Quellen mandans oder mandator genannt; die Bezeichnung mandatarius für den Beauftragten ist nicht quellenmäßig.

ein Vertrag zu Stande[2], welcher für beide Parteien Verpflichtungen erzeugt (§. 410). Die Thätigkeit, auf welche der Auftrag gerichtet ist, darf keine unerlaubte[3], kann im Uebrigen von der verschiedensten Art sein, namentlich sowohl rechtlicher[4], als factischer Natur. Sie kann ferner eine mehr oder minder umfassende sein; die umfassendste ist die Besorgung aller Angelegenheiten des Auftraggebers[5].

Der Auftrag ist seiner Natur nach unentgeltlich[6]; doch verträgt er nicht bloß ein freiwillig gegebenes Honorar, sondern auch das Versprechen eines Honorars[7]. —

Der Auftrag hat noch eine andere Seite, als die, daß er Verpflichtungen zwischen den Parteien begründet. Insofern er auf eine Thätigkeit rechtlicher Art gerichtet ist, bewirkt er auch, daß die Handlung des Beauftragten dritten Personen gegenüber dieselbe rechtliche Wirkung habe, als hätte der Auftraggeber sie selbst vorgenommen. In dieser seiner Richtung heißt der Auftrag Vollmacht[8]. Es kann übrigens eine Vollmacht auch ohne Auftrag gegeben werden[9].

---

[2] L. 1 pr. — §. 2 D. h. t. Stillschweigende Eingehung: l. 6 §. 2 l. 18 l. 53 D. l. 6 C. h. t. Holzschuher a. a. O. Nr. 1. Seuff. Arch. VIII. 254, XII. 269.

[3] L. 6 §. 3 l. 22 §. 6 D. h. t., §. 7 I. h. t.

[4] Z. B. Abschluß eines Rechtsgeschäfts, Führung eines Prozesses.

[5] L. 1 §. 1 l. 63 D. de proc. 3. 3, l. 25 §. 1. D. de min. 4. 4. — Mandatum incertum: l. 46 D. h. t. Holzschuher a. a. O. Nr. 3.

[6] L. 1 §. 4 D. h. t. „Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit: contrarium ergo est officio merces . .“. §. 13 I. h. t.

[7] L. 6 pr. l. 7 D. l. 1 C. h. t.

[8] Unsere Sprache ist hier reicher als die römische, welche für beide Begriffe nur den einen Ausdruck mandatum hat.

[9] Vgl. l. 42 §. 2 D. de proc. 3. 3. „Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati; sicut evenit, cum in rem suam procuratorem praestamus, eoque nomine iudicatum solvi promittimus. Nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito, si hereditatem vendiderimus, vel ex pristina causa mandati agere debemus, ut fit, cum fideiussor reum procuratorem dedit“.

2. Verpflichtungen.

§. 410.

Die Verpflichtungen aus dem Auftragsvertrag stehen unter freiem richterlichen Ermessen[1]. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Der Beauftragte ist verpflichtet[2], den übernommenen Auftrag pünktlich auszuführen, und haftet dabei[3] nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen jeder Nachlässigkeit[4]. Ueberläßt er die Ausführung des Auftrags einem Andern, so ist zu unterscheiden, ob ihm dieß, nach der ausdrücklichen Bestimmung oder im Sinne des Vertrages, gestattet war, oder nicht[5]; im letzten Falle haftet er für die Fehler des von ihm Angestellten unbedingt[5a], im ersten Falle nur dann, wenn er die Untauglichkeit des Angestellten kannte oder kennen mußte[6]. — Was dem

---

[1] Die actio mandati ist actio bonae fidei, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 2 §. 3 l. 5 pr. D. de O et A. 44. 7, l. 10 §. 3 D. h. t.

[2] Actio mandati directa.

[3] Mag er den Auftrag schlecht, oder mag er ihn gar nicht ausgeführt haben. L. 5. 11 C h. t., l. 5 §. 1 l. 8 §. 4. 10 l. 22 §. 11 l. 27 §. 2 D. h. t.

[4] L. 23 D. de R. I. 50. 17, l 11. 13 21 C. h. t., l. 8 §. 10 l. 10 §. 1 l. 22 §. 11 D. h. t. Die Haftung des Beauftragten wegen Nachläsigkeit, obgleich er von dem Geschäste keinen Vortheil hat (§. 265 Nr. 4), erklärt sich daraus, daß in dem Versprechen, etwas für einen Andern besorgen zu wollen, stillschweigend das Versprechen der Sorgfalt liegt (worauf das deutsche Wort hinweist: besorgen). Vgl. über diesen Punkt Hasse Cuipa § 94, Bethmann-Hollweg das. S. 569, v. d. Pfordten Abhandiungen S. 315, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N F. V S 115 fg., Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 225 fg. Ueber Collat. X. 2 §. 1—3 (vgl. l. 8 §. 10 init. l. 10 pr. D. h. t.) s. Hasse a. a. O. §. 94, Huschke a. a. O. S. 113 fg. — Vgl. auch noch §. 404 Note 4. — Bedeutung der dem Beauftragten ertheilten Instruction: Seuff. Arch. II. 40. 41. — Beweislast: Kierulff Entscheid. d. O. A. G. zu Lübeck I S. 455; vgl. §. 430 Note 5 a. E., §. 439 Note 7.

[5] Unterholzner S. 595 und Sintenis S. 577 lehren, daß Ersteres als Regel anzunehmen sei. Dieß geht weder aus §. 11 I. h. t., noch aus l. 8 §. 3 D. h. t., welche beide Stellen von den genannten Schriftstellern in Bezug genommen werden, hervor.

[5a] Vgl. l. 2 §. 1 D. si mensor 11. 6.

[6] Nur wegen s. g. culpa in eligendo. Vgl. §. 401 Note 5, und aus der daselbst citirten Schrift von Burchardi S. 42. 113, aus dem daselbst citirten Aufsatz von Ubbelohde in der Zeitschr. f. Handelsr. S. 247. Seuff. Arch.

Beauftragten zum Zwecke der Ausführung des Auftrages übergeben worden ist, muß er nach Beendigung des Auftrages, insoweit er es nicht dem Auftrage gemäß verbraucht hat, zurückerstatten; ebenso muß er herausgeben, was auf Grund der Ausführung des Auftrages in seine Hände gelangt ist[7]. Zieht er von dem in seinen Händen Befindlichen Früchte oder Zinsen, so muß er auch diese herausgeben[8]; zieht er keine Früchte oder Zinsen, so kommt es darauf an, ob er hierzu nach Inhalt des Auftrages verpflichtet war[9]. Jedenfalls zahlt er Zinsen von dem Gelde, welches er in seinen eigenen Nutzen verwendet hat[10].

2. Der Auftraggeber ist verpflichtet[11], dem Beauftragten die Aufopferungen[12] zu ersetzen[13], welche derselbe in oder bei der

---

III. 46, XVIII. 240. Jedenfalls aber muß der Beauftragte dem Auftraggeber seine Ansprüche gegen den von ihm Angestellten herausgeben, l. 8 §. 3 D. h. t., vgl. l. 21 §. 3 D. de neg. gest. 3. 5.

7 Im Allgemeinen: l. 20 pr. D. h. t. („Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet"), l. 8 §. 9 eod. Im Besonderen: l. 8 pr. §. 10 l. 10 §. 6 l. 43 l. 45 pr. D. h. t., l. 46 §. 4 D. de proc. 3. 3, l. 49 §. 2 D. de acq. vel am. poss. 41. 2, l. 9 pr. D. de edendo 2. 13. Seuff. Arch. V. 12, IX. 153, X. 45, XI. 150.

8 L. 10 §. 2. 3. 8. 9 D. h. t. Doch braucht er nach allgemeinen Grundsätzen (§. 327 Note 12) die gezogenen Zinsen dann nicht herauszugeben, wenn die Ausleihung auf seine Gefahr geschehen ist, l. 10 §. 8 i. f. D. h. t. Dabei ist freilich zuzusehen, ob er nicht zur Zinsenziehung verpflichtet war; in diesem Falle zahlt er zwar nicht die gezogenen Zinsen, wohl aber Ersatz dafür, daß er keine gezogenen Zinsen herauszugeben hat.

9 L. 13 §. 1 D. de usur. 22. 1. Vgl. Seuff. Arch. XVI. 33.

10 L. 10 §. 3 D. h. t. Er zahlt ortsübliche Zinsen (l. 10 §. 3 D. h. t., vgl. §. 260 Note 5), höchste erlaubte Zinsen aber, nach dem Principe der l. 38 D. de neg. gest. 3. 5 (§. 260 Note 3), wenn das Geld, welches er in seinen Nutzen verwendet hat, nicht dem Auftraggeber herauszugeben, sondern in dessen Interesse zu verwalten war.

11 Actio mandati contraria.

12 Mögen dieselben in Veräußerungen bestehen, oder in Uebernahme von Verbindlichkeiten, oder in Entbehrung eines Gewinnes, oder in Abnutzung von Sachen, oder sonstiger Entwerthung von Vermögensstücken.

13 Bei ausgelegtem Geld mit Zinsen, l. 12 §. 9 D. l. 1 C. h. t. Seuff. Arch. III. 50, VI. 35. VIII. 46. Unter Umständen kann der Beauftragte auch Vorschuß verlangen, l. 12 §. 17 D. h. t. Wer einen Auftrag, zu zahlen, übernommen hat, kann Ersatz schon verlangen, wenn er verurtheilt worden ist, l. 45 §. 4 D. h. t., l. 38 §. 1 D. l. 6. 10 C. h. t. Vgl. Thöl Handelsr. I §. 116. II.

Ausführung des übernommenen Auftrages gemacht hat[14], — wenn für dieselben im Vertrage eine Grenze festgesetzt ist, innerhalb dieser Grenze[15], sonst so weit die Aufopferungen nothwendig waren, oder dem Beauftragten nach seinem redlichen Ermessen als nothwendig erscheinen mußten[16]. Mehrere Auftraggeber haften dabei solidarisch[17]. Den Schaden dagegen, welchen der Beauftragte bloß bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages erleidet, bekommt er nur dann ersetzt, wenn dabei den Auftraggeber ein Vorwurf trifft[18]. — Ferner ist der Auftraggeber verpflichtet, dem Beauftragten das bedungene oder stillschweigend verstandene Honorar zu zahlen[19].

3. Beendigung.

§. 411.

Der Auftrag erreicht sein natürliches Ende durch seine Ausführung, durch Ablauf der Zeit, für welche, oder Eintritt der auflösenden Bedingung, unter welcher er gegeben worden ist, durch Vereinbarung der Parteien; außerdem aber hört er auch auf durch Tod und einseitigen Rücktritt einer Partei.

1. Rücktritt. Weder der Auftraggeber noch der Beauftragte sind an den Auftrag länger gebunden, als sie daran gebunden sein wollen; jener kann den Auftrag zurücknehmen, dieser ihn zurück-

---

14 In Ausführung des Auftrages: der Auftrag war auf eine Aufopferung direct gerichtet, z. B. er ging auf Ankauf einer Sache um das Geld des Beauftragten oder auf Uebernahme einer Bürgschaft; l. 3 §. 1 l. 10 §. 11 l. 45 D. h. t., auch l. 16 eod. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 231. Bei Ausführung des Auftrages: es ist etwas zum Zweck der Ausführung des Auftrages aufgewendet worden, l. 10 §. 9 D. l. 20 §. 1 C. h. t.

15 L. 3 §. 2 l. 4 l. 22 pr. l. 33 D. h. t., §. 8 I. h. t.

16 L. 27 pr. D. h. t. („impendia bona fide facta"), l. 56 §. 4 eod. („sumtus bona fide necessario factos"), l. 1 C. h. t. („sumtus quos probabili ratione feceras").

17 S. §. 298 Note 16.

18 L. 26 §. 6. 7 D. h. t., l. 61 §. 5 D. de furt. 47. 2. Ueber die letztere Stelle vgl. Hasse Culpa S. 403, Mommsen Beiträge I S. 369 Note 16, Dernburg Pfandrecht I S. 163.

19 Vgl. §. 404 Note 7. Das römische Recht gewährte auf das Honorar nur extraordinaria cognitio (l. 7 D. l. 1 C. h. t.), was heutzutage keine Bedeutung mehr hat.

geben[1]. Doch fährt der Auftraggeber trotz der Zurücknahme fort, aus denjenigen Handlungen des Beauftragten zu haften, welche derselbe vor erlangter Kunde von der Zurücknahme vorgenommen hat[2]; und der Beauftragte darf den Auftrag nicht zu einer Zeit zurückgeben, wo der Auftraggeber nicht mehr die Möglichkeit hat, in anderer Weise für das aufgetragene Geschäft zu sorgen: er müßte denn für die Zurückgabe einen rechtfertigenden Grund haben[3].

2. Tod. Der Auftrag geht nicht auf die Erben über, weder auf die Erben des Auftraggebers, noch auf die des Beauftragten[4]. Doch kann das Gegentheil ausgemacht werden[5], und auch abgesehen hiervon ist der Erbe des Beauftragten verpflichtet, sich der

---

§. 411. [1] L. 12 §. 16 l. 22 §. 11 D. h. t., §. 9. 11 I. h. t. Gesterding Irrthümer ꝛc. S. 208 fg., Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 1. Stillschweigender Widerruf: Seuff. Arch. X. 158. Vgl. auch Seuff. Arch. III. 49.

[2] L. 15 D. h. t., §. 9 I. h. t.

[3] L. 22 §. 11 l. 23–25 l. 27 §. 2 D. h. t.

[4] L. 27 §. 3 l. 57 D. h. t., l. 15 C. h. t., §. 10 I. h. t. Gesterding Irrthümer ꝛc. S. 208 fg. Wenn es in den genannten Stellen heißt, daß der Auftrag nur „re integra", „integro mandato" aufhöre, so soll damit nichts Anderes gesagt sein, als daß die aus dem Auftrage bereits entstandenen Verbindlichkeiten nicht aufhören. Vgl. übrigens Sintenis Anm. 71. — Anders das HGB. Art. 297. „Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen sind, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht".

[5] L. 12 §. 17 l. 13 D. h. t. Diese Stelle spricht aber nur von einem nach dem Tode des Auftraggebers zu vollziehenden Auftrag; sind wir berechtigt, auf Grund derselben anzunehmen, daß der Auftrag mit verbindlicher Kraft auch auf die Erben des Beauftragten gestellt werden könne? Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob in der genannten Stelle eine Interpolation auf Grund von l. un. C. ut act. et ab her. 4. 11. anzunehmen ist, oder nicht. Dieß ist nicht unzweifelhaft; doch scheint mir die Annahme einer Interpolation mehr für sich zu haben, wegen Gai. III. 158 und l. 108 D. de solut. 46. 3 (die von Cujacius vorgeschlagene Emendation [Vangerow §. 662 a. E.] ist immer nur Emendation, und bringt doch keine rechte Concinnität in die Stelle). Es muß freilich dahin gestellt bleiben, wie weit die Interpolation reicht. L. 27 §. 1 D. h. t. spricht nicht von einem Mandat, sondern von einer Eigenthumsübertragung unter einer Auflage. Vgl. Zimmern Arch. f. civ. Pr. IV. 19, Mühlenbruch Fortsetzung von Glück XLIII S. 396–399, Dietzel Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. 13; auch Holzschuher III §. 273 Nr. 10.

von seinem Erblasser begonnenen Geschäfte anzunehmen[6], der Erbe des Auftraggebers, dem Beauftragten die Aufopferungen zu ersetzen, welche derselbe in unverschuldeter Unwissenheit von dem Tode des Auftraggebers gemacht hat[7].

In welcher Weise auch der Auftrag fortgefallen sein mag, so wirkt er fort für Erwerb und Verlust, welcher durch früher vorgenommene Auftragshandlungen nach Wegfall des Auftrags herbeigeführt wird[8].

4. Besondere Anwendungen.

§. 412.

1. Auftrag, von einem Dritten eine Vermögensleistung zu erheben[1]. Auftrag, an einen Dritten eine Vermögensleistung zu machen[2]. Der eine Auftrag kann ohne den anderen vorhanden sein; es kann aber auch zu gleicher Zeit der Eine beauftragt werden, von einem Andern eine Vermögensleistung zu erheben, und

---

6 Arg. l. 1 pr. D. de fidei. tut. 27. 7, l. 40 D. pro soc. 17. 2.

7 L. 26 pr. §. 1 l. 58 pr. D. h. t., §. 10 I. h. t., l. 19 §. 1 D. de don. 39. 5.

8 L. 14 pr. D. h. t., Gai. III. 117.

1 So namentlich von dem Schuldner des Auftraggebers (z. B. l. 12 §. §. 412.
16 l. 17 D. l. 11 C. h. t., l. 4 C. de novat. 8. 42); aber auch von demjenigen, welcher dem Auftraggeber schenken (l. 12 D. si quid in fr. patr. 38. 5), oder ihm ein Darlehn geben, oder ihm aus irgend einem andern Grunde leisten will. Vgl. Note 9. — Die von dem Dritten zu erhebenoe Vermögensleistung kann den verschiedensten Inhalt haben. Die wichtigsten Fälle sind die, wo sie zum Inhalt Eigenthumsverschaffung oder Versprechen hat, und hier wieder der wichtigste, wo ihr Gegenstand baares Geld ist. Von dem Auftrage, sich versprechen zu lassen, handeln z. B. l. 10 §. 6 l. 59 pr. D. h. t. Vgl. Thöl Handelsr. I §. 119 („das Eincassirungsmandat"), §. 132 (Auftrag sich versprechen zu lassen).

2 So namentlich an den Gläubiger des Auftraggebers (z. B. l. 12 §. 5 l. 45 §. 4 D. h. t.); aber auch an denjenigen, welchem der Auftraggeber schenken (z. B. l. 19 §. 3 i. f. D. de don. 39, 5), oder dem er ein Darlehn geben (z. B. l. 9 §. 8 D. de R. C. 12. 1), oder dem er aus irgend einem andern Grunde leisten will. Vgl. Note 9. — Was über den möglichen Inhalt der Vermögensleistung in der vorigen Note gesagt worden ist, gilt auch hier. Auftrag, einen Andern zu liberiren: l 36. 38 D. de I. D. 23. 3. — Die Römer bezeichnen den Auftrag, an einen Dritten zu zahlen, oder einem Dritten zu versprechen, namentlich aber und sehr vorwiegend den letzteren, durch die

dieser Andere, an Jenen die Vermögensleistung zu machen[3]. Es kann auch der eine Auftrag mit dem anderen in der Weise verbunden werden, daß der Auftrag, die Vermögensleistung zu machen, demjenigen, welcher beauftragt wird, die Vermögensleistung zu erheben, zur Ueberbringung eingehändigt wird. Dieß ist der Fall bei der modernen Anweisung[4]. — Im Besonderen kommen hier folgende Punkte zur Beachtung.

a. Der Auftrag zur Erhebung einer Vermögensleistung kann auch zu dem Ende gegeben werden, um auf indirectem Wege dem Beauftragten zu verschaffen, was der Auftraggeber seinerseits demselben zu leisten gewillt ist[5]. Ebenso kann der Auftrag zur Bewirkung einer Vermögensleistung in dem Sinne gegeben werden, daß durch Ausführung desselben dem Auftraggeber auf indirectem Wege verschafft werden soll, was der Beauftragte seinerseits demselben zu leisten gewillt ist[6]. In diesen Fällen tritt der

---

Ausdrücke delegare und delegatio. Vgl. §. 353 Note 9. — Thöl Handelsr. I §. 114—118 („das Zahlungsmandat"), §. 128—132 („die Delegation").

[3] Der Auftrag, Leistung zu erheben, hat, abgesehen von dem Falle, wo der Dritte Schuldner des Auftraggebers ist, keinen Sinn, wenn der Auftraggeber sich nicht vorher von der Bereitwilligkeit des Dritten, auf seinen Anstoß an den Beauftragten zu leisten, überzeugt hat; indem der Dritte sich hierzu bereit erklärt, kommt auch zwischen ihm und demjenigen, auf dessen Auftrag hin Leistung erhoben werden soll, ein Auftragsverhältniß zu Stande. Ebenso setzt die Vollziehung des Auftrags, einem Dritten zu leisten, abgesehen von dem Falle, wo dieser Dritte Gläubiger des Auftraggebers ist, Geneigtheit des Dritten voraus, die Leistung anzunehmen; indem er sich hierzu demjenigen gegenüber, auf dessen Auftrag hin ihm eine Leistung gemacht werden soll, bereit erklärt, kommt auch zwischen ihm und diesem letzteren ein Auftragsverhältniß zu Stande.

[4] Anweisung oder Assignation. Der zur Leistung Beauftragte der Angewiesene oder Assignat; der zur Erhebung der Leistung Beauftragte der Assignatar. — Die Anweisung kann mündlich oder schriftlich abgeschlossen werden; das Letztere ist, namentlich unter Kaufleuten, der gewöhnliche Fall. Die schriftliche Anweisung unterscheidet sich in ihrer gewöhnlichen Form von dem gezogenen Wechsel nur durch das Fehlen des Wortes Wechsel.

[5] Laß dir zahlen, statt von mir, von Jenem. Laß dir die 100, welche ich dir schuldig bin, von Jenem zahlen. Laß dir versprechen, statt von mir, von jenem. Laß dir, statt von mir dir zahlen zu lassen, von Jenem versprechen.

[6] Zahle, statt an mich, an Jenen. Zahle die 100, welche du mir schuldig bist, an Jenen. Statt an mich zu zahlen, versprich an Jenen.

Auftrag als solcher in den Hintergrund [7], und in den Vordergrund die durch Vollziehung desselben bewirkte Vermögensleistung des Auftraggebers an den Beauftragten, bez. des Beauftragten an den Auftraggeber [8]. Der Bestimmungsgrund der einen und der anderen dieser Vermögensleistungen kann so verschieden sein, wie der einer Vermögensleistung überhaupt, und davon hangen

---

[7] Im ersten Fall ist ausgeschlossen die actio mandati directa in ihrer Richtung auf Rückgabe des Erhobenen; im zweiten Fall ist ausgeschlossen die actio mandati contraria. Die actio mandati directa in ihrer Richtung auf sorgfältige Ausführung des ertheilten Auftrages ist in keinem von beiden Fällen ausgeschlossen (vgl. Seuff. Arch. XIII. 220), aber meistens durch die Ausführung selbst erledigt.

[8] Der Beauftragte nimmt die ihm von dem Dritten gemachte Leistung als Leistung des Auftraggebers an. Der Auftraggeber nimmt die von dem Beauftragten an den Dritten gemachte Leistung als eine ihm gemachte an. Dieses Annehmen liegt nicht in dem Auftrage als solchem, sondern ist ein den Auftrag Begleitendes. Mehr auseinandergelegt ist das Verhältniß dieses. Im ersten Fall sagt der Auftraggeber: (1) du sollst dir von dem Dritten leisten lassen (Auftrag), und (2) die von dem Dritten dir gemachte Leistung soll als eine von mir dir gemachte gelten. Durch die Ausführung des Auftrages, wie er gegeben worden ist, unterwirft sich der Beauftragte auch dieser zweiten Willenserklärung. In dem zweiten Falle sagt der Auftraggeber: (1) du sollst an den Dritten leisten (Auftrag), und (2) diese Leistung soll als eine mir gemachte gelten. Die Initiative in der den Auftrag begleitenden Willenserklärung geht hier von demjenigen aus, gegen welchen sie wirken soll. — Die Römer haben für die Willenserklärung, daß die von Jemandem an einen Dritten zu machende Leistung als eine mir gemachte, und überhaupt das von Jemandem mit einem Dritten abzuschließende Rechtsgeschäft als mit mir abgeschlossen gelten soll, eine technische Bezeichnung; dieß ist der Ausdruck iussus. Iubetur aliquis solvere alii, contrahere cum alio. L. 1 pr. – §. 3 l. 4 §. 1 D. quod iussu 15. 4. Will man also strenge sein, so muß man sagen: das mandatum ist kein iussus, der iussus kein mandatum. Jedoch ist hierzu zu bemerken: a) daß der das mandatum begleitende iussus auch durch das mandatum selbst ausgedrückt werden kann, und gerade von diesem Falle ist hier die Rede (zahle, statt an mich, an Titius; zahle die mir verschuldeten 100, die 100, welche du mir schenken willst ꝛc., an Titius; l. 12 §. 2 D. de solut. 46. 3, l. 77 §. 6 D. de leg. II° 31, l. 12 C. de solut. 8. 43, l. 1 §. 3 D. quod iussu 15. 4); b) daß andererseits der Ausdruck iussus seiner natürlichen Bedeutung nach auf den Fall geht, wo durch den iubens dem Empfänger des iussus zugleich eine Nöthigung zur Vornahme der betreffenden Leistung auferlegt werden soll, und in diesem Sinne kann der iussus, wenn er nicht einem Gewaltunterworfenen ertheilt wird, doch wieder ein mandatum enthalten (l. 108

die an sie angeknüpften rechtlichen Wirkungen ab [9]. Es kann auch der Bestimmungsgrund einer solchen Vermögensleistung eine Ungültigkeit oder Rückforderbarkeit derselben begründen; jedenfalls wirkt diese Ungültigkeit oder Rückforderbarkeit bloß zwischen den Subjecten der Leistung, eben dem Auftraggeber und dem Beauftragten, wogegen sie auf das Verhältniß zwischen dem zur Vollziehung und dem zur Empfangnahme der Leistung Beauftragten, abge-

---

D. de solut. 46. 3, vgl. l. 38 D. de I. D. 23. 3); c) daß auch der iussus, welcher in der That kein mandatum ist, wohl mandatum genannt wird (l. 34 §. 3 D. de solut. 46. 3, l. 25 §. 5 D. de acq. vel om. her. 29. 2). — Der Gegensatz zwischen mandatum und iussus ist namentlich von v. Salpius Novation und Delegation §. 9. 10 hervorgehoben worden. Doch irrt dieser Schriftsteller m. E. darin: a) daß er einen iussus auch da annimmt, wo Jemand beauftragt wird, einem Dritten eine Leistung zu machen, welche ihm dann von dem Auftraggeber actione mandati contraria soll ersetzt werden; b) daß er die Delegation und die heutige Anweisung mit dem iussus im technischen Sinn des Wortes identificirt, und demgemäß bestreitet, daß in denselben ein mandatum enthalten sei. Hierdurch gelangt er zu dem Satze, daß der Delegirte und Angewiesene als solcher keinen Ersatzanspruch gegen den Deleganten und Anweisenden habe, sondern diesen Ersatzanspruch durch den Nachweis des besonderen Rechtsverhältnisses, kraft dessen er in der Person des Dritten dem Auftraggeber geleistet habe, erst begründen müsse (§. 11. 74). Dieß ist eine Verkennung der wahren Natur der Delegation und der Anweisung. Wer einen Andern delegirt, anweist, gibt ihm einen Anstoß zu einer Vermögensleistung, veranlaßt ihn zu einer Vermögensleistung, und haftet deßwegen mit der actio mandati contraria. Will der Auftraggeber von derselben frei sein, so ist es an ihm, nachzuweisen, daß dieselbe durch die bei jenem Veranlassen getroffenen besonderen Bestimmungen ausgeschlossen sei. Vgl. Note 14. Die Mandatsnatur der Delegation wird auch bestritten in der Inauguraldissertation von K. Bernstein de delegationis natura (Berol. 1865).

[9] Ein sehr häufiger und sehr wichtiger Bestimmungsgrund ist Tilgung einer Schuld: l. 56 D. de sol. 46. 3. „Qui mandat solvi, ipse videtur solvere". L. 180 D. de R. I. 50. 17. „Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset". Von diesem Fall ist in den Quellen unendlich oft die Rede; vgl. noch l. 64 D. de sol. 46. 3, l. 33 D. de nov. 46. 2, l. 37 §. 4 D. de op. lib. 38. 1. Geht in diesem Fall der Auftrag auf Versprechen, so kann die Tilgung der Schuld möglicherweise auch durch Novation erfolgen (vgl. §. 342 Note 15. 38[a], §. 353 Note 11). — Andere mögliche Bestimmungsgründe sind: Schenkung, z. B. l. 59 pr. D. mand. 17. 1, l. 34 §. 7 D. de sol. 46. 3, l. 19 §. 3 D. de don. 39. 5, l. 21 §. 1 eod.; l. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 15 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 pr. de don. 39. 5, l. 33 D. de nov. 46. 2; l. 2 §. 2 l. 33 §. 3 D. de don. 39. 5.

sehen von Ausnahmefällen, ohne Einfluß ist[10]. — Uebrigens gilt das hier Gesagte in gleicher Weise auch für den Fall, wo Jemand ohne einen Auftrag empfangen zu haben mit dem Willen eines Andern die an diesen von einem Dritten zu machende Leistung für sich erhebt, oder die seinerseits an diesen zu machende Leistung in der Person eines Dritten bewerkstelligt[11]. Bloße Gestattung ist

---

Bestellung einer Dos, z. B. l. 56 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 4 §. 21 D. de doli exc. 44. 4; l. 19 l. 59 D. de I. D. 23. 3, l. 14 pr. D. de fundo dotali 23. 5. Verschaffung eines Darlehns, z. B. l. 15 l. 32 D. de R. C. 12. 1; l. 19 §. 3 D. de inst. act. 14. 3, l. 19 §. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1; l. 9 §. 8 D. de R. C. 12. 1. Verpflichtung zu einer Gegenleistung, l. 27 §. 2 D. ad SC. Vell. 16. 1. Vgl. noch l. 49 D. de sol. 46. 3. „Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si iussu eius alii solvitur, *vel creditori, vel futuro debitori, vel etiam ei cui donaturus erat*, absolvi debet". Ebenso l. 65 §. 4 D. ad SC. Treb. 36. 1.

[10] Ohne Einfluß: l. 12. 13. 19. D. de nov. 46. 2, l. 4 §. 20 D. de doli exc. 44. 4, l. 1 §. 10 D. quar. rer. actio 44. 5, l. 9 §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 78 §. 5 D. de I. D. 23. 3, l. 4 §. 21 D. de doli exc. 44. 4; l. 1 §. 11 D. quar. rer. actio 44. 5. Alle diese Stellen handeln von dem Falle, wo durch Versprechen eine nicht existirende Schuld, des zum Versprechen Beauftragten an den Auftraggeber oder des Auftraggebers an den zur Empfangnahme des Versprechens Beauftragten, getilgt werden soll. Da nun in diesem Falle der Begründung der neuen Obligation auch eine Novationsabsicht zu Grunde liegen kann, so sind die genannten Stellen schon oben (§. 355 Note 8. 12) bei der Erörterung der Frage, ob der Novationsvertrag zu seiner Gültigkeit eine existirende Obligation voraussetze, in Betracht gezogen worden. S. aber ferner: l. 59 i. f. D. de solut. 46. 3 (der Beauftragte zahlt einem Dritten, was er dem Auftraggeber schuldig zu sein glaubt); l. 66 eod. (1) der gleiche Fall, 2) der Beauftragte zahlt dem Dritten, um sich von einer wirklich existirenden Schuld gegen den Auftraggeber zu befreien, erreicht aber diese Absicht nicht); l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4 (der Beauftragte leistet dem Dritten zum Zweck der Vollziehung einer übermäßigen Schenkung an den Auftraggeber); l. 21 §. 1 D. de don. 39. 5 (übermäßige Schenkung des Auftraggebers an den zur Empfangnahme der Leistung Beauftragten); l. 9 pr. D. de cond. c d. c. n. s. 12. 4 (der Auftraggeber will dem zur Empfangnahme der Leistung Beauftragten durch die Leistung des Dritten eine Dos verschaffen, und die Ehe kommt nicht zu Stande; anders wenn auch der Dritte dem zur Empfangnahme der Leistung Beauftragten gegenüber erklärt, daß er dotis nomine leiste, l 7 pr. eod.). — Ausnahmefälle: a) l. 2 §. 3. 4 D. de don. 39. 5, l. 7 pr. §. 1 D. de doli exc. 44. 4, s. §. 355 Note 9. 13; b) bei der Schenkung unter Ehegatten, l. 3 §. 12. 13 l. 4 l. 5 §. 3. 4 l. 39. 56 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; vgl. §. 367 Note 8, auch I §. 172 Note 16.

[11] L. 39 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. „Vir uxori cum pecuniam donare

dabei ebenso wenig bindend, und ebenso wenig für die Erben verpflichtend, wie der Auftrag[12].

b. Von der Anweisung insbesondere[13]. Was man heutzutage Anweisung nennt, ist Zahlungsanweisung, nicht Anweisung zum Versprechen. 1) Der Angewiesene hat, wenn er gezahlt hat, einen Ersatzanspruch gegen den Anweisenden nach den Grundsätzen des Auftrages. Behauptet der Anweisende, der Angewiesene habe die Anweisung zu dem Ende übernommen, um in der Person des Dritten ihm selbst eine Leistung zu machen, so muß er dieß beweisen[14]. 2) Die Rechte des Angewiesenen gegen den Anweisenden entstehen erst aus der Zahlung an den Dritten, nicht schon aus einem demselben geleisteten Versprechen[15]. Sobald

---

vellet, permisit ei, ut a debitore suo pecuniam stipuletur . . .". L. 106 D. de solut. 46. 3. „Aliud est, iure stipulationis Titio solvi posse, aliud, postea permissu meo id contingere". L. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7: — „si alii sit soluta voluntate eius". Man denke ferner an den Fall nachfolgender Genehmigung. — Aus diesem Umstand ergibt sich eine Schwierigkeit für die systematische Stellung der Lehre von der indirecten Leistung (durch einen Andern, in der Person eines Andern). Ihr eigentlicher Platz wäre irgendwo im allgemeinen Theil; aber ich glaube nicht, daß den Interessen des Lehrvortrags mit einer solchen Stellung derselben gedient wäre. Ich ziehe es daher vor, in Betracht, daß doch in den meisten Fällen der indirecten Leistung ein Auftrag zu Grunde liegen wird, sie im Allgemeinen bei dem letzteren, im Besondern aber bei den einzelnen möglichen Bestimmungsgründen der Vermögenszuwendung abzuhandeln (vgl. z. B. §. 342 Nr. 6, §. 365 a. E., §. 370 Note 10. 12). v. Salpius Novation und Delegation S. 61 fg. S. 472 ist der Ansicht, daß die einzige Stelle im System, in welcher diese Lehre im richtigen Lichte dargestellt werden könne, „die Lehre von den Realverträgen in ihrer allgemeinsten Gestalt und die sich daran anschließende Theorie der Condictionen" sei. Der Ausdruck „Realvertrag in seiner allgemeinsten Gestalt" soll hier wohl nichts sein, als eine andere Bezeichnung für Vermögenszuwendung; und zeigt sich denn der Begriff der Vermögenszuwendung nur in der Lehre von den Condictionen wirksam?

12 L. 106 D. de solut. 46. 3. Vgl. l. 77 §. 6 D. de leg. II° 31, l. 19 §. 3 D. de don. 39. 5, l. 18 i. f. l. 32 l. 38 §. 1 l. 108 i. f. D. de solut. 46. 3.

13 Thöl Handelsr. I §. 121—127 a. Vgl. auch Holzschuher III §. 277 und Kuntze das. S. 667. 668.

14 S. Note 8 a. E. Seuff. Arch. XIV. 105.

15 Die Rechte des Angewiesenen: sowohl die actio mandati contraria, als daß die dem Dritten gemachte Leistung als eine dem Auftraggeber gemachte

aber der Angewiesene dem Dritten versprochen hat, kann der Anweisende die Anweisung nicht mehr zurücknehmen [16]. 3) Ebenso ist die Leistung, welche der Anweisende dem Dritten durch die Leistung verschaffen will, beschafft erst mit der Zahlung, nicht schon mit dem Versprechen an den Dritten [17].

2. Der Auftrag als Garantievertrag. Garantievertrag: Vertrag, wodurch Jemandem gegenüber die Garantie dafür übernommen wird, daß ihm aus einer von ihm vorzunehmenden Handlung kein Schaden erwachsen werde. Für uns ist kein Bedürfniß vorhanden, einen solchen Vertrag unter eine andere Kategorie zu stellen, als unter seine eigene; die Römer stellten ihn unter die Kategorie des Mandats, weil er sonst ohne Stipulationsform

---

gilt. Vgl. l. 10. 21. 25 D. de nov. 46. 2, l. 8 C. eod. 8. 42, l. 10 D. mand. 17. 1, l. 19 §. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1. Doch wird die actio mandati contraria schon durch die Verurtheilung zur Zahlung begründet (§. 340 Note 13).

[16] Indem er der Zahlung ein Versprechen vorhergehen läßt, und dadurch die Nothwendigkeit einer Zahlung für sich begründet, thut er etwas, was er im Sinne des ihm ertheilten Auftrages thun darf. Cropp in Heise u. Cropp Abh. II S. 354—357. 392—395, Thöl a. a. O. §. 123, Unger Inhaberpapiere S. 73 fg. — Der Angewiesene verspricht dem Inhaber der Anweisung dadurch, daß er die Anweisung „annimmt", „acceptirt". Ist dieses Versprechen ein reines Versprechen (s. g. Formalvertrag)? Die Frage wird verneint von v. Salpius Novation und Delegation §. 75, bejaht mit Anderen von Thöl §. 125, welcher deßwegen die gemeinrechtliche Gültigkeit dieses Versprechens bestreitet (vgl. §. 318 Note 3. 4). Ausdrücklich ist seine Gültigkeit anerkannt im HGB. Art. 300. 301. Vgl. noch Seuff. Arch. XVIII. 135.

[17] Der selbstverständliche Grundsatz „Anweisung ist keine Zahlung" (Thöl §. 124) gilt auch für den Fall des Acceptes der Anweisung. — v. Salpius Novation und Delegation §. 76 hält dieß für modernes Gewohnheitsrecht, indem er behauptet (§. 18—20), daß nach römischem Recht das durch Delegation einem Andern verschaffte Forderungsrecht (und ebenso die durch Delegation für ihn eingegangene Verbindlichkeit) ihm „vermöge objectiver Rechtsnothwendigkeit" als baares Geld angerechnet worden sei. Das heißt also: nach römischem Recht galt die in Folge der Delegation begründete Obligation nach der einen und der anderen Seite als baares Geld nur dann nicht, wenn dieß ausdrücklich ausgemacht worden war. Diesen exorbitanten Satz stützt v. Salpius auf Stellen wie l. 187 D. de V. S. 50. 16, l. 18 D. de fidei. 46. 1, l. 26 §. 2 D. h. t. u. a., in welchen nichts die Annahme verbietet, daß sie eine Beredung der Parteien des Inhalts, es solle die Obligation gleich Geld sein, oder eine Novationsberedung voraussetzen (vgl. l. 26 §. 2 cit.: „qui admittit debitorem delegatum", l. 68 §. 1 D. de evict. 21. 2: „qui pro pecunia nomen

nicht gültig gewesen wäre[18]. Die Hauptanwendung des Garantievertrages ist die, wo durch denselben die Gefahr eines von einem Andern zu ertheilenden Credites übernommen wird (Creditauftrag)[19]; in dieser Anwendung ist der Garantievertrag eine Form der Bürgschaft[20]. — Die Uebernahme einer Garantie liegt natürlich nicht schon in der Ertheilung eines Rathes[21].

---

debitoris per delegationem sequi maluit", l. 96 §. 2 D. de solut. 46. 3: „transegit, ut nomine debitoris contenta legatum non peteret"), — während er andere, welche direct gegen ihn sprechen, wie l. 18 §. 1 l. 31 §. 3 D. de m. c. don. 39. 6 und die auf S. 117 genannten, mit der Bemerkung beseitigt, daß in ihnen „der Hauptgrundsatz sich modificirt" (S. 113). Uebrigens findet sich die gleiche Auffassung schon bei Hasse Culpa S. 436 und v. Meyerfeld Rhein. Mus. VII S. 123 fg.

18 Mit anderen Worten: weil er sonst unter Abwesenden nicht hätte geschlossen werden können. L. 32 D. h. t.: — „neque enim multum referre, praesens quis interrogatus fideiubeat, an absens mandet". Das Mandat in dieser Anwendung ist vorzugsweise auf Begründung der actio mandati contraria gerichtet, und kann ausschließlich hierauf gerichtet sein. So erklärt es sich, daß l. 6 §. 5 D. h. t. die Möglichkeit einer actio mandati anerkennt ohne alles eigene Interesse des Mandanten an der Ausführung des gegebenen Auftrages. So erklärt sich ferner der sonst unverständliche Ausspruch der l. 12 §. 14 D. h. t., daß das Mandat nach ausgeführtem Geschäfte nichtig sei.

19 L. 6 § 4 l. 10 §. 8 l. 12 §. 13. 14 l. 56 pr. l 59 § 5 D. l. 7 C. h. t. Vgl. Thöl Handelsr. §. 108. 109. Eine andere Anwendung gibt l. 32 D. h. t. „Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset, damnum praestari, et (in?) hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem . . .".

20 Vgl. l. 32 D. h. t. (Note 18). Auch l. 60 §. 1 l. 62 § 1 D. h. t. Die Neueren nennen das mandatum in dieser Anwendung mandatum qualificatum, und beschränken (unrömisch, vgl. z. B. l. 22 §. 11 l. 46. 49 D. h. t.) den Ausdruck mandator zur Bezeichnung des Auftraggebers auf diesen Fall.

21 Dieser Satz wird in §. 6 I. h. t., l. 2 §. 6 l. 6 § 5 D. h. t. so ausgedrückt: ein „mandatum", welches lediglich im Interesse des Mandatars gegeben sei, z. B. er möge sein Geld lieber in Grundstücken anlegen, als in Darlehen, sei in der Wirklichkeit kein Mandat, sondern nur ein Rath, und deßwegen für den Ertheiler unverbindlich (§. 6 I. cit., l. 2 §. 6 D. cit.). Verbindlich sei es nur dann, wenn der Empfänger ohne das Mandat nicht gehandelt haben würde. Das Letztere ist ungenau ausgedrückt. Der Jurist wollte sagen: es wäre denn, daß der Empfänger ohne die in dem mandatum von dem Ertheiler übernommene Garantie nicht gehandelt haben würde. S. über die verschiedenen Ansichten, welche in Betreff dieser Stellen hervorgetreten sind, Vangerow §. 659 Anm., Sintenis §. 113 Note 16 und die daselbst Citirten, Holzschuher III §. 275 Nr. 1. 2. — Vgl. Seuff. Arch. XII. 26.

3. Die wichtigen Anwendungen, welche der Auftrag in dem Commissions- und Speditionsgeschäfte findet, gehören dem Handelsrechte an [22].

G. Verträge zum Zwecke der Beseitigung einer Rechtsungewißheit.

1. Vergleich*.

a. Begriff und Rechtsverhältniß.

§. 413.

Vergleich ist der Vertrag, durch welchen zwei Parteien die zwischen ihnen in Betreff eines Anspruchs bestehende Ungewißheit auf dem Wege gegenseitigen Zugeständnisses beseitigen. Der Anspruch kann ein dinglicher [1], obligatorischer [2], familienrechtlicher [3] sein. Die Ungewißheit kann — und dieß ist der Hauptfall — ihren Grund in der Bestrittenheit des Anspruches haben [4]; aber auch darin, daß die künftige Existenz [5], oder der Umfang [6], oder die Realisirbarkeit [6a] des Anspruches ungewiß ist. Das gegen-

---

[22] HGB. Art. 360—378, Art. 379—389.

* Dig. 2. 15 Cod. 2. 4 de transactionibus. — Risch die Lehre vom Vergleich mit Ausnahme des Eides und Compromisses (1855). Glück V S. 1—98; Unterholzner I S. 658—660, Sintenis I S. 483—489. §. 413.

[1] Beispiele von Vergleichen über dingliche Ansprüche in l. 2. 9. 11. 15. 33 C. h. t. Zu den dinglichen Ansprüchen gehören auch die Erbschaftsansprüche, vgl. l. 3 pr. l. 14 D. h. t., l. 2. 6. 10. 15 C. h. t.

[2] Z. B. l. 1. 3. 4 C. h. t.

[3] Z. B. auf Anerkennung der Vaterschaft. Vgl. l. 10 (auch l. 43) C. h. t. Risch S. 71. 72.

[4] S. z. B. l. 1 D. l. 2. 12. 17 C. h. t., l. 65 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6.

[5] Z. B. l. 11 C. h. t.: von zwei Miterben soll derjenige dem andern ein Vermächtniß auszahlen, welcher ohne Kinder sterben wird. S. auch l. 1 16 C. de pact. 2. 3.

[6] Der Anspruch geht z. B. auf eine jährliche Prästation für die Lebenszeit des Berechtigten. L. 8 D. h. t.

[6a] Z. B. der Berechtigte weiß, daß die Folge seines Vorgehens gegen den Verpflichteten dessen Concurs sein, und daß er dabei einen Ausfall erleiden

seitige Zugeständniß kann darin bestehen, daß der Anspruch theilweise aufgegeben, theilweise befriedigt bez. anerkannt wird [7]; aber auch darin, daß er ganz aufgegeben, oder ganz befriedigt bez. anerkannt wird, und dagegen von der anderen Partei eine Gegenleistung gemacht oder versprochen wird [8]. Diese Gegenleistung kann einen so verschiedenen Inhalt haben, wie jede andere Vermögensleistung [9]. Wird nur von der einen, nicht auch von der anderen Seite ein Zugeständniß gemacht, so liegt kein Vergleich vor, sondern eine verkappte Schenkung [10].

Das Rechtsverhältniß zwischen den vertragschließenden Parteien bestimmt sich im Allgemeinen nach den Grundsätzen von den gegenseitigen Verträgen [11], im Besonderen nach dem Inhalt der

---

werde, während es ungewiß ist, ob der Verpflichtete jemals neues Vermögen erwerben wird. Vgl. §. 414 Note 9.

7 S. z. B. l. 6 C. h. t.

8 Z. B. l. 9. 33 C. h. t.

9 Sie kann z. B. zum Inhalt haben Eigenthumsverschaffung, Begründung oder Aufgabe eines Rechts an fremder Sache, Begründung oder Aufgabe eines Forderungsrechts 2c.

10 L. 38 C. h. t. „Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit". L. 1 D. h. t. „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit; qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit".

11 S. §. 321. Namentlich also: a) keine Partei kann Erfüllung des Vergleichs fordern, ohne ihrerseits erfüllt zu haben, oder Erfüllung anzubieten, l. 21 i. f. C. de pact. 2. 3. b) Wer erfüllt hat, oder Erfüllung anbietet, kann von dem Gegner Erfüllung fordern. Bei den Römern konnte Erfüllung fordern, nur wer erfüllt hatte [mit der actio praescriptis verbis, l. 6. 33 [34] C. h. t., oder durch Geltendmachung des aufgegebenen Anspruches, l. 28. 36 C. h. t., s. unten bei c)], nicht, wer nur Erfüllung anbot; denn der Vergleich war bei den Römern kein Consensualcontract. L. 21 C. de pact. 2. 3, l. 17. 28 C. h. t. c) Wer erfüllt hat, kann von dem Gegner nur Erfüllung verlangen, nicht Rückgabe des Empfangenen. So schon bei den Römern (obgleich gegen das Princip — die actio praescriptis verbis schließt an und für sich die condictio ob causam datorum nicht aus, I §. 99 Note 1 —); dafür beweisen l. 36 C. h. t. („ne quid amplius ab his peti possit, exceptionis proficit aequitas", d. h. derjenige, welcher seinen Anspruch aufgegeben hat, kann seinen Anspruch noch geltend machen, so weit die versprochene Gegenleistung reicht, um diese zu erzwingen, — aber weiter nicht, vgl. Risch S. 209), l. 28 C. h. t. („poteris ad obsequium placitorum adversarium tuum urgere"). d) Wird einer Partei die Erfüllung der von ihr übernommenen Verbindlichkeit

getroffenen Beredung [12]. Eine Verpflichtung erzeugt der Vergleich nicht nothwendig, sondern nur insofern, als er entweder direct ein Versprechen enthält, oder doch eine Erklärung, durch welche der Rechtszustand, der nach der Erklärung stattfinden soll, nicht sofort auch bewirkt ist [13]. — Bruch eines beschworenen Vergleiches wird

---

ohne ihre Schuld unmöglich, so ist auch die andere Partei an den Vergleich nicht gebunden; anders nur, wenn die Unmöglichkeit sich auf die Ausführung einer Entäußerungserklärung bezieht (§. 321 Note 16—19).

[12] Im Einzelnen bemerke man: a) das Aufgeben des Anspruchs im Vergleiche ist Erlaß, und zwar directer Erlaß. Zwar, wenn der Anspruch bestritten ist, also im Hauptfall des Vergleiches, ist im Sinne des Gegners des Aufgebenden das Aufgeben des Anspruchs zunächst nicht aufzufassen als Verzicht auf das Recht, da der Gegner ja ein Recht nicht anerkennt, sondern als Verzicht auf das Wiedervorbringen der Behauptung, daß ein Recht begründet sei, also als pactum de non petendo. Allein der Aufgebende seinerseits verzichtet nicht in dem Sinne, um sich bloß der Geltendmachung des Rechtes, im Gegensatz zum Rechte selbst, zu berauben; er also will directen Erlaß (§. 357 Abs. 2), und diesen Willen acceptirt eventuell auch sein Gegner. Bei den Römern erzeugte, wie jeder Erlaß, so auch der vergleichsweise Erlaß, directe Wirkung nur, wenn er in die Form der acceptilatio eingekleidet war (was freilich gewöhnlich geschah, vgl. l. 2. 4. 15 D. h. t., l. 3. 4. 32. 40 C. eod.), sonst nur exceptio nach dem Rechte des pactum de non petendo (vgl. l. 17. 24 C. h. t.). b) Enthält der Vergleich eine Anerkennung, so ist diese aufzufassen als Versprechen, der Behauptung des Gegners, daß ein Anspruch für ihn begründet sei, fernerhin keinen Widerspruch entgegensetzen, und demgemäß sein Verlangen erfüllen zu wollen. c) Die Gegenleistung für das Aufgeben oder die Anerkennung des Anspruchs kann entweder sofort bewirkt, oder es kann nur eine Verbindlichkeit zur Bewirkung derselben übernommen werden. Das Letztere ist auch dann der Fall, wenn die Willenserklärung zwar darauf gerichtet ist, daß der Gegner sofort haben solle, aber dieses Haben durch sich selbst herbeizuführen nicht im Stande ist (z. B. Eigenthumsübertragung ohne Tradition). d) Geht die Gegenleistung auf Geben einer Sache, so haftet der Contrahent nicht bloß wegen Entwehrung, sondern sofort, sobald es feststeht, daß dem Empfänger nicht das Eigenthumsrecht, oder nicht ein zum Behalten der Sache befugendes Eigenthumsrecht verschafft worden sei (§. 392). Aber natürlich haftet nicht auch der auf seinen Anspruch Verzichtende, wenn der Gegenstand des Anspruchs hinterher dem Gegner kraft eines anderen Rechtes genommen wird. L. 33 C. h. t. Risch S. 203—205, Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 238. 239, Sintenis S. 488 Anm. 46.

[13] S. die vorhergehende Note bei c). — Aus dem Gesagten ergibt sich eine Schwierigkeit für die Stellung des Vergleichs im Systeme. Es ist die gleiche Schwierigkeit, welche oben (§. 365 Note 18) in Betreff der Schenkung erörtert worden ist. Auch von dem Vergleiche sollte eigentlich in einem Rechts-

dadurch gestraft, daß der Eidbrüchige seine Rechte aus dem Vergleiche verliert, während er selbst an den Vergleich gebunden bleibt [14].

Für und gegen Dritte wirkt der Vergleich an und für sich nicht [15]. Ausnahmen [16] gelten: a) soweit dieß allgemeinen Grundsätzen gemäß ist [17]; b) für den Sondernachfolger [18]; c) auf einen

---

theile gehandelt werden, welcher die concreten Thatsachen, auf denen der Vermögensverkehr beruht, als solche, abgesehen davon, ob sie Obligationen erzeugen, oder nicht, darstellte. In Ermangelung eines solchen Rechtstheiles findet der Vergleich seine passendste Stelle, wie die Schenkung, m. E. immer noch im Obligationenrecht, und zwar im speziellen Theil desselben. Andere stellen ihn in den allgemeinen Theil des Obligationenrechts, in die Lehre von der Aufhebung der Obligationen, vgl. §. 358 Note 6. Aber der Vergleich enthält weder nothwendig Aufhebung einer Obligation, noch nothwendig Aufhebung eines Anspruchs. Auch an den allgemeinen Theil des Rechtssystems überhaupt hat man gedacht, und zwar unter einem doppelten Gesichtspunkt. Einmal wegen des vielfachen möglichen Inhalts der den Vergleich constituirenden Leistungen, so Unterholzner I S. 658. a, vgl. Risch S. 24. 33. In der That, bleibt man bei der Vielfachheit dieses möglichen Inhaltes stehen, so gehört der Vergleich gerade so gut in den allgemeinen Theil, wie die Schenkung; umgekehrt ist aber auch diese nicht abzulehnende Consequenz wohl geeignet, Bedenken daran zu erregen, ob die Schenkung im allgemeinen Theil wirklich ihre richtige Stellung hat (§. 365 Note 18). Risch sodann (S. 12—34) will den Vergleich in den allgemeinen Theil neben das Urtheil stellen, weil auch er ein Mittel zur Beendigung eines Streites sei. Auch diese Stellung halte ich für weniger zweckmäßig, als die dem Vergleiche hier gegebene. Zwar bin ich weit davon entfernt, zu behaupten, daß bei der Anordnung des Systems auf die Bedeutung, welche die Rechtsinstitute für die Interessen und Bedürfnisse des Lebens und Verkehrs haben, keine Rücksicht genommen werden dürfe (vgl. I §. 13 Note 2, §. 362 Note 1); aber ich glaube nicht, daß die Einsicht in das rechtliche Wesen des Vergleichs dadurch gefördert wird, daß man ihn mit dem Urtheil zusammenstellt. Was von ihm rechtlich auszusagen ist, beruht fast ausschließlich darauf, daß er Vertrag, und nicht darauf, daß er Streitbeendigung ist. Dazu kommt (welche Schwierigkeit sich übrigens auch Risch selbst nicht verbirgt [S. 30 Note 13]) daß der Vergleich nicht nothwendig einen Streit voraussetzt (Note 5. 6. 6a).

14 L. 41 C. h. t.

15 L. 3 pr. §. 2 D. h. t., l. 1 C. h. t., l. 29 §. 2 D. de inoff. test. 5. 2.

16 Risch S. 192 fg.

17 Also: a) für und gegen die Gesammtnachfolger; b) auf den Vergleich des Hauptschuldners kann sich der Bürge berufen, l. 7 §. 1 D. h. t., l. 68 §. 2 D. de fidei. 46. 1; c) der Vergleich wirkt für und gegen die correi (§. 295 Note 5a).

18 Dieß muß behauptet werden auf Grund der Entscheidung der Quellen,

Vergleich über die Gültigkeit eines Testaments können sich die Erbschaftsgläubiger berufen[19].

2. Ungültigkeitsgründe.

§. 414.

Der Vergleich ist ungültig aus den allgemeinen Gründen; namentlich kann er angefochten werden wegen Zwanges[1], Betruges[2], ermangelnder Voraussetzung. In Betreff des letzteren Punktes ist folgendes Nähere zu bemerken. 1) Voraussetzung eines Vergleiches über den Inhalt eines Anspruches ist die Begründetheit des Anspruchs an sich[3]. 2) Voraussetzung eines Vergleichs über einen bestrittenen Anspruch ist, daß die bei dem Vergleich als wahr angenommenen Thatsachen, deren Nichtwahrheit den Streit ausschließen würde, wahr seien, so wie daß nicht andere Thatsachen wahr seien, deren Wahrheit den Streit ausschließen würde[4]. 3) Voraussetzung eines Vergleichs

---

daß auch der Schiedseidvertrag gegen (und daher auch für) die Sondernachfolger wirke, l. 8 D. de iurei. 12. 2. Es greift hier also die Analogie des richterlichen Urtheils Platz (I §. 132 Note 3).

19 L. 14 D. h. t. Vgl. I §. 132 Note 6.

1 L. 13 C. h. t. §. 414.

2 L. 9 §. 2 D. l. 4. 19. 30 C. h. t., l. 35 D. de pact. 2. 14, l. 65 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6. Vgl. Seuff. Arch. XV. 128.

3 Z. B. Jemand vergleicht sich über ein Rentenvermächtniß, mit welchem er sich beschwert glaubt, gegen eine zu zahlende Aversionalsumme; hinterher zeigt sich, daß ihm gar kein Vermächtniß auferlegt ist. Jemand vergleicht sich über die Größe eines ihm auferlegten Vermächtnisses; hinterher zeigt sich, daß dieses Vermächtniß nichtig ist. In diesen Fällen ist geradezu die condictio indebiti begründet. Seuff. Arch. III. 323. (In dem Fall bei Seuff. Arch. XIII. 142 bezog sich der Vergleich nicht bloß auf den Inhalt des Anspruchs.)

4 Z. B. Vergleich über ein wegen Formfehler angefochtenes Testament; hinterher zeigt sich, daß dasselbe untergeschoben ist. Vergleich über einen Anspruch, welchem die exceptio SCi Velleiani entgegengesetzt wird; hinterher zeigt sich, daß das begründende Rechtsgeschäft erzwungen war. Vergleich über einen Eigenthumsanspruch, welcher bestritten wird, weil der Rechtsurheber des Klägers nicht Eigenthümer gewesen sei; hinterher zeigt sich, daß der Kläger vom wahren Eigenthümer zum Erben eingesetzt war. — Das hier Gesagte wird nicht bewiesen durch l. 12 i. f. D. h. t. (welche Stelle nicht von der Anfechtung des Vergleichs spricht, sondern einfach sagt, daß der Vergleich nicht auf einen andern, als den gemeinten Anspruch bezogen werden dürfe), nicht auch durch l. 3 §. 1 D. h. t. (wie auch diese schwierige Stelle auszulegen sein

über einen bestrittenen Anspruch ist ferner, daß der Streit nicht schon entschieden sei[5]. Daher ist der Vergleich anfechtbar, wenn bereits ein rechtskräftiges Urtheil über die Sache vorliegt[6]; ebenso, wenn bereits in anderer Weise, durch einen früheren Ver-

mag, vgl. darüber Risch §. 14 Note 15), und ebensowenig durch l. 36 D. fam. herc. 10. 2 (welche Stelle gar nicht von einem Vergleich spricht). Wohl aber wird es bewiesen durch l. 42 C. h. t. In dieser Stelle wird ein Vergleich für unverbindlich erklärt, weil er auf Grund falscher Urkunden abgeschlossen worden sei. Diese Urkunden können sich nicht auf den Streitpunkt selbst bezogen haben, weil sonst für einen Vergleich kein Raum gewesen wäre; also müssen sie sich auf eine Voraussetzung des Streites bezogen haben. — Mit dem Gesagten stimmen eine Reihe von Schriftstellern (s. namentlich Puchta §. 294. h, Arndts §. 269. m, ferner Bähr Anerkennung §. 32 und die Citate bei Risch §. 25 Note 17) insofern überein, als sie lehren, daß der Vergleich angefochten werden könne wegen Unrichtigkeit des bei demselben als gewiß Vorausgesetzten; die nothwendige Ergänzung, daß der Vergleich auch angefochten werden könne wegen Wirklichkeit von Thatsachen, deren Nichtvorhandensein bei demselben vorausgesetzt wurde, wird von diesen Schriftstellern nicht gemacht. Gegen die ganze Lehre haben sich ausgesprochen Risch §. 26 (vgl. unten Note 10), Brinz S. 139, Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 160 fg. Risch glaubt in den hier fraglichen Fällen durch Auslegung des Vergleichs helfen zu können; derselbe dürfe auf keinen anderen Streitpunkt bezogen werden, als denjenigen, über welchen man sich verglichen habe; aber daraus folge nicht, daß der abgeschlossene Vergleich nichtig sei. Wer sich also über ein wegen Formfehlers von ihm angefochtenes Testament verglichen habe, sei nicht verhindert, die Erbschaft deßwegen zu fordern, weil das Testament untergeschoben sei; aber der Vergleich bleibe bestehen. Daraus würde aber folgen, daß er auch das ihm zur Abfindung Geleistete behalten dürfe; der Gegner würde also die Abfindung und die Erbschaft zugleich verlieren. Und wie wenn die Erbschaft ihm gegen eine von ihm zu leistende Abfindung ausgeantwortet wäre: wie würde er hier ohne Anfechtung des Vergleichs das Geleistete zurückerhalten? Oder wenn Jemand sich über eine von ihm vorgebrachte Einrede verglichen hat, und er hinterher eine andere Einrede entdeckt?

[5] Vgl. über das Folgende: Thibaut Arch. f. civ. Pr. VIII. 12, IX. 22. Goldschmidt das. IX. 5. C. Sell in Sell's Jahrb. II S. 53-64. Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 334—347. Vangerow III §. 668 Anm. Risch S. 74—95. Sintenis S. 484 485.

[6] L. 7 pr. §. 1 l. 11 D. l. 32 C. h. t., l. 23 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6; Paul. S. R. I. 1 § 5, Cod. Greg. II. 11 c. 1, 3 4, Cod. Hermog. tit. 4. c 3, Consult. c. 4. 7. 9. — Ueber den Grund dieses Satzes sind die Schriftsteller nicht einig. Die früher sehr verbreitete, auf l. 32 C. h. t. und Paul. S. R. I. 19 §. 2 gestützte Meinung, daß er seinen Grund habe in der Unver-

gleich, Eid, oder Schiedsspruch, über den Streit entschieden ist[7]. Natürlich ist dabei aber erforderlich: a) daß nicht wieder über die Thatsache der Entscheidung selbst Streit sei[8]; b) daß der An-

---

bindlichkeit des nudum pactum nach römischem Recht, und daher für das heutige Recht unanwendbar sei, wird jetzt wohl von Niemandem mehr getheilt; vgl. darüber Risch S. 77—81, Vangerow a. a. O. Die Ansicht Thibaut's (a. a. O.), der Satz sei als positive, im Interesse der öffentlichen Ordnung gegebene Vorschrift aufzufassen, hat keinen Anklang gefunden; widerlegt wird sie dadurch, daß die vergleichsweise gemachte Leistung nicht nichtig, sondern anfechtbar ist, l. 32 C. h. t. (wo die Nichtigkeit geleugnet, die Anfechtbarkeit vorausgesetzt wird). Die herrschende Meinung hält den Satz für eine unmittelbare Consequenz aus dem Begriffe des Vergleiches, nach welchem zum Vergleich Ungewißheit erforderlich sei. Aber dabei ist nicht gehörig unterschieden zwischen subjectiver und objectiver Ungewißheit. Die Ungewißheit, welche nach dem Begriffe des Vergleichs erforderlich ist, ist subjective, nicht objective Ungewißheit, und die durch das rechtskräftige Urtheil ausgeschlossene Ungewißheit ist die objective, nicht die subjective. Das Letztere ist unbestreitbar, da ja das Urtheil dem sich Vergleichenden unbekannt sein kann; wer das Erstere leugnet, behauptet mit anderen Worten, daß jeder Vergleich angefochten werden könne, wenn man hinterher zu beweisen im Stande ist, daß man im Streite Recht gehabt habe. Aber die an und für sich zum Vergleich genügende subjective Ungewißheit soll ausnahmsweise eben dann nicht genügen, wenn sie ihren Grund in dem Nichtkennen der vorhandenen rechtskräftigen Entscheidung gehabt habe: diese Ausnahme ist das zu Rechtfertigende. Ihre Rechtfertigung liegt aber in dem im Text Bemerkten: der Vergleich wird zum Zweck der Entscheidung des Streites, und daher unter der Voraussetzung noch nicht erfolgter Entscheidung, abgeschlossen. Risch freilich (S. 88 Note 22) ist der Meinung, ein bei Unkenntniß der vorhandenen rechtskräftigen Entscheidung abgeschlossener Vergleich sei eben wegen dieser Unkenntniß gültig. Hiernach würde unser Satz keinen anderen Inhalt haben, als den sehr trivialen, daß Schenkung kein Vergleich sei. S. darüber Note 8.

[7] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, aber folgt aus der Natur der Sache. Risch S. 91—94. A. M. Rudorff a. a. O. S. 347 fg.

[8] L. 11 D. h. t. „Post rem iudicatam, etiamsi provocatio non est interposita, tamen si negetur iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit, quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest“. L. 23 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6. Die l. 11 cit. ist so zu verstehen: ein Vergleich ist trotz des rechtskräftigen Urtheils dennoch möglich, wenn die Existenz des Urtheils entweder direct bestritten ist, oder man doch über die Existenz desselben verschiedener Meinung sein kann. Daß auch in dem letzteren Falle die Berufung auf das Urtheil als entscheidende Instanz von demjenigen, gegen welchen das Urtheil geltend gemacht wird, abgelehnt werde, setzt sie voraus („quia adhuc lis subesse possit“). Risch sieht in dieser Stelle einen Beweis für den von ihm behaupteten Satz (Note 6 a. E.),

fechtende die vorhandene Entscheidung nicht gekannt habe [9]. — Dagegen ist, wie sich von selbst versteht, Voraussetzung des Vergleiches nicht, daß man nicht später sollte darthun können, daß man in dem Streite selbst Recht gehabt habe [10].

Nach der positiven Vorschrift des römischen Rechts soll man sich über Alimente, welche auf Todesfall hinterlassen sind, gegen eine Aversionalsumme nur mit gerichtlicher Bestätigung vergleichen; ohne dieselbe ist der Vergleich für den Alimentenberechtigten unverbindlich [11]. — Ueber den von Vielen behaupteten Satz, daß der Vergleich über testamentarische Ansprüche nichtig sei, wenn dabei die Testamentsurkunde nicht vorgelegen habe, s. die Note [12].

---

daß der Vergleich gültig sei, wenn die Parteien von der rechtskräftigen Entscheidung „durchaus kein Bewußtsein hatten". Aber es heißt: si ignorari potest, nicht: si ignoratur.

9 Wer sich vergleicht, eine ihm günstige Entscheidung kennend, nennt Vergleich, was in der That Schenkung ist. Es müßte denn die Vollziehbarkeit des Urtheils ungewiß sein. In diesem Falle liegt allerdings ein Vergleich vor, weil wieder eine Ungewißheit vorhanden ist; zwar keine Ungewißheit des Rechts, aber doch eine Ungewißheit der Realisirbarkeit des Rechts Vgl. §. 413 Note 6[a] und den in Note 5 citirten Aufsatz von Goldschmidt, so wie den zweiten von Thibaut.

10 Daß die Thatsachen, welche man behauptet habe, wahr, die Thatsachen, welche man bestritten habe, unwahr, daß die wahren rechtlich zu qualificiren seien, wie man behauptet habe. L. 2. 19. 23. 29 C. h. t., l. 65 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6. Seuff. Arch. XIII. 142. Aus l. 23 cit. glaubt Risch (S. 228) einen directen Beweis gegen das im Text zu 2 Gesagte herleiten zu können; aber in dieser Stelle nöthigt nichts zu der Annahme, daß der Vergleich nicht auf die Erbfrage mit bezogen worden sei.

11 L. 8 D. h. t., l. 8 C. eod. Risch §. 13, Sintenis Anm. 43, Holzschuher III §. 316 Nr. 7. Seuff. Arch. V. 285, X. 263, XI. 39, XVIII. 244.

12 Dieser Satz wird gestützt auf l. 6 D. h. t. „De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, nisi inspectis cognitisque verbis testamenti". Nun ist aber unbestritten, daß diese Stelle identisch ist mit l. 1 §. 1 D. test. quemadmodum 29. 3, und der Zusammenhang dieser letzteren Stelle lehrt, daß der Verfasser derselben den Vergleich nicht für ungültig hat erklären wollen, sondern nur hat sagen wollen, ohne Kenntniß der Worte des Testaments könne, und werde daher, ein vernünftiger Mann sich nicht vergleichen. Die Frage kann also nur die sein, ob nicht die Compilatoren diese Stelle, welche sie in den Titel testamenta quemadmodum aperiantur in ihrem ursprünglichen Sinne aufgenommen haben, in den Titel de transactionibus mit verändertem Sinne eingerückt haben. Die

2. Schiedsvertrag*.

a. Begriff und Wirkungen.

§. 415.

Schiedsvertrag ist der Vertrag, durch welchen die vertragschließenden Parteien ausmachen, daß eine zwischen ihnen schwebende Rechtsstreitigkeit durch eine Privatperson — einen Schiedsrichter — (oder eine Mehrheit von solchen Personen) entschieden werden solle[1]. Der Schiedsvertrag enthält: 1) eine Willenserklärung der Parteien, daß sie sich dem schiedsrichterlichen Spruche unterwerfen. Daher macht der schiedsrichterliche Spruch Recht zwischen den Parteien, wie der richterliche[2]; aber nicht durch eigene Kraft, sondern kraft derjenigen, mit welcher er von den Parteien begabt ist. Eine Folge hiervon ist, daß, wenn er für den Kläger

---

Bejahung dieser Frage scheint mir aber viel zu gewagt, um so mehr, als die Compilatoren dann das Wort „potest" zweimal in einem verschiedenen Sinne genommen haben müßten, einmal in dem Sinne von juristischem Nichtkönnen, dann in dem Sinne von factischem Nichtkönnen („neque exquiri veritas aliter potest"). So auch Risch §. 14. Jedenfalls findet der Satz von der Ungültigkeit des Vergleichs ohne Kenntniß der Testamentsworte seine Rechtfertigung nicht, wie Puchta §. 294. d, Arndts §. 269 Anm. 2, Sintenis Anm. 37 glauben, in der Ermangelung des Erfordernisses der Ungewißheit. Wird dieser Satz als Vorschrift des Justinianischen Rechts anerkannt, so wüßte ich denselben nicht anders zu rechtfertigen, als aus dem Verbot der alea. Vgl. auch Holzschuher III §. 316 Nr. 6.

* Dig. 4. 8 de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. Cod. 2. 56 de receptis arbitris. — W. André gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte (1860). Glück VI S. 65—105; Unterholzner I S. 650—656, Sintenis II S. 492—500. Ueber den legislatorischen Werth des Instituts: W. H. Puchta das Institut der Schiedsrichter nach seinem heutigen Gebrauch und seiner heutigen Brauchbarkeit (1823), Pfeiffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. 2 (1847), André a. a. O. S. 59—66. §. 415.

1 Der Ausdruck Schiedsvertrag ist eigentlich ungenau, da auch der Schiedseidvertrag (§. 418) ein Schiedsvertrag ist; man sollte also eigentlich Schiedsrichtervertrag sagen. Doch wird diese Ungenauigkeit im Interesse der Kürze erlaubt sein. Der römische Ausdruck ist compromissum, s. Note 10. Der Schiedsrichter heißt römisch arbiter.

2 L. 1 D. h. t. „Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur, et ad finiendas lites pertinet". Vgl. §. 418 Note 1. a.

ausgefallen ist, dieser nicht sofort Execution des Spruches begehren kann[3], sondern erst auf Erfüllung desselben klagen muß[4]. Fällt der schiedsrichterliche Spruch gegen den Kläger aus, so ist der aberkannte Anspruch aufgehoben nach dem Rechte des Erlasses[5]. Wird durch den schiedsrichterlichen Spruch nicht ein Anspruch zu- oder aberkannt, sondern das Dasein oder Nichtdasein eines sonstigen Rechtsverhältnisses oder einer Thatsache festgestellt, so kann auf Grund des Schiedsspruches jeder aus diesem Rechtsverhältniß oder dieser Thatsache herzuleitende Anspruch erhoben bez. zurückgewiesen werden[6]. — Der Schiedsvertrag enthält 2) von Seiten desjenigen, welcher den Anspruch erhebt, das Versprechen, die Sache nicht mit Umgehung des Schiedsgerichtes an ein öffentliches Gericht bringen zu wollen, und 3) von Seiten beider Parteien das Versprechen, Alles thun zu wollen, was ihrerseits nöthig ist, um den Schiedsrichter zur Fällung des Spruches in den Stand zu setzen. Das erste Versprechen erzeugt eine Einrede gegen die dennoch an das öffentliche Gericht gebrachte Klage[7]. Das zweite Versprechen gibt dem Kläger eine Replik gegen diese Einrede[8]; es kann aber auch auf Erfüllung desselben geklagt

---

3 L. 1 C. h. t.

4 Das römische Recht gab eine Klage nur, wenn Erfüllung durch Stipulation versprochen worden war, l. 5 pr. C. h. t., l. 27 §. 7 l. 28 D. h. t. Doch gewährte schon Justinian eine Klage aus dem formlosen Schiedsvertrag in folgenden zwei Fällen: a) wenn entweder der Schiedsvertrag selbst oder der Vertrag mit dem Schiedsrichter eidlich abgeschlossen worden sei; b) wenn die Parteien den Schiedsspruch durch ihre Unterschrift anerkannt, oder nur binnen den nächsten 10 Tagen nicht gegen denselben protestirt hätten. L. 4. 5 C. h. t. Die erste Bestimmung hob er aber wieder auf in Nov. 82 c. 11. Eine Ausnahme bestand auch in Betreff der Schiedsverträge der Juden, l. 8 C. de Iudaeis 1. 9. André S. 3—17.

5 Nach römischem Recht wirkte der Erlaß nur indirect, auf dem Wege der pacti exceptio, l. 13 §. 1 D. h. t., l. 5 pr. C. h. t. Für das heutige Recht ist dasjenige zu wiederholen, was oben (§. 413 Note 12) über den vergleichsweisen Erlaß gesagt worden ist.

6 Vgl. §. 418 Note 1. e.

7 André S. 19—24. Nicht entgegensteht l. 30 D. h. t.; s. Note 10.

8 Der Kläger darf sagen, daß er auf die Anrufung der richterlichen Hülfe nicht absolut verzichtet habe, sondern nur zu Gunsten des Schiedsspruches, und daß dieser durch die Schuld des Beklagten nicht zu Stande gekommen sei, André S. 24.

werden [9]. — Dem Schiedsvertrag kann ein Strafversprechen hinzugefügt werden, entweder in dem Sinne, daß bei Nichterfüllung des Schiedsvertrages der Gläubiger Erfüllung und Strafe, oder in dem Sinne, daß er nur Strafe solle fordern können [10].

Für und gegen Dritte hat der Schiedsspruch keine Wirkung, abgesehen von Bürgen, Correalschuldnern und Correalgläubigern, Rechtsnachfolgern [11].

b. Voraussetzungen der Verbindlichkeit der schiedsrichterlichen Verfügungen. Ungültigkeit des Schiedsvertrages.

§. 416.

1. Die Verfügungen [1] des Schiedsrichters sind trotz der Verbindlichkeit des Schiedsvertrages unverbindlich, wenn der Schiedsrichter die ihm durch den Vertrag gesetzten, sachlichen oder zeitlichen, Grenzen überschreitet [2]. Der Schiedsspruch im Besonderen ist unverbindlich, wenn derselbe den Streit der Parteien nicht

---

[9] Die Execution ist durch richterliche Strafdrohung zu beschaffen (§. 251 Note 3); möglicherweise auch durch Stellung des Präjudizes, daß der von dem Schiedsrichter etwa dennoch zu fällende Spruch auch den Ungehorsamen verbinden werde. — Eine Befugniß des Schiedsrichters, die Parteien durch Geldstrafen zum Gehorsam gegen seine Verfügungen zu nöthigen, ist in l. 39 pr. D. h. t. nicht anerkannt. André S. 43. 44.

[10] Bei den Römern war die Hinzufügung einer Strafstipulation zu dem Schiedsvertrage das durchaus Gewöhnliche; daher auch der Ausdruck compromissum. Und zwar hatte dieses Strafversprechen den im Text zuletzt bezeichneten Sinn; der Bruch des Schiedsvertrages, mochte dem Schiedsspruch der Gehorsam verweigert, oder mochte das Zustandekommen des Schiedsspruches verhindert werden, erzeugte nur die Klage auf die Strafe. L. 2 D. h. t. „Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem". L. 30 eod., l. 1 C. h. t., Nov. 82 c. 11. In Betreff der Verhinderung des Zustandekommens des Schiedsspruches s. z. B. l. 27 §. 4. 6 l. 39 D. l. 2 C. h. t.

[11] Gesammt- und Sondernachfolgern. S. §. 418 Note 6. 7, §. 295 Note 6.

[1] Endurtheil oder prozeßleitende Verfügungen. — Die Leitung des Verfahrens ist dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen. Die Behauptung, daß er an die Prozeßordnung des betreffenden Landes gebunden sei, ist ungegründet. André S. 43—59. Vgl. auch Seuff. Arch. XVI. 46. §. 416.

[2] Sachliche Grenzen: l. 32 §. 15. 18. 19 l. 46 D. h. t. Zeitliche Grenzen: l. 32 §. 21 l. 33 l. 20 §. 7 l. 21 §. 8 l. 25. 26 l. 50 D. l. 1 C. h. t.

bestimmt und vollständig entscheidet[3], wenn er auf etwas Unerlaubtes geht[4], wenn er durch die Arglist des Gegners erwirkt oder offenbar parteiisch ist[5], wenn er nicht in Gegenwart beider Parteien publicirt worden ist[6]. Den einmal abgegebenen Spruch darf der Schiedsrichter nicht mehr ändern[7]. Sind mehrere Schiedsrichter ernannt, so entscheidet Stimmenmehrheit[8], bei Stimmengleichheit der Spruch eines von den Schiedsrichtern zu ernennenden Obmannes[9].

---

[3] L. 19 §. 1 l. 21 §. 3 (vgl. §. 1) l. 32 §. 16. 17 D. h. t., l. 21 pr. eod.

[4] L. 21 §. 7 D. h. t.

[5] L. 3 C. h. t. Bloße Unbilligkeit des Spruches ist kein Grund seiner Unverbindlichkeit. L. 27 §. 2 D h. t. „Stari autem debet sententiae arbitri, quam de re dixerit, sive aequa sive iniqua sit, et sibi imputet, qui compromisit. Nam et D. Pii rescripto adiicitur: vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet". L. 1 C. h. t. „Ex sententia arbitri ex compromisso iure perfecto aditi appellari non posse, saepe rescriptum est". S. auch l. 32 §. 14 i. f. D. h. t. Vgl. André S. 52—56, Holzschuher III §. 317 Nr. 8; Seuff. Arch. I. 217. — Daß der Spruch auch nichtig sei, wenn er gegen ein rechtskräftiges Urtheil verstoße (vgl. Sintenis Anm. 33), läßt sich aus c. 11 X. de arbitr. 1. 43 nicht herleiten; in dem Falle dieser Stelle hatte der Schiedsrichter seine Competenz überschritten. S. noch Glück VI S. 99, Sintenis a. a. O., André S. 55. 56.

[6] L. 27 §. 4. 5 D. h. t.

[7] L. 19 §. 2 l. 20 l. 21 pr. D. h. t.

[8] L. 17 §. 6. 7 l. 18 l. 27 §. 3 D. h. t. Was c. 2 de arbitr. in VI° 1. 22 angeht, s. Glück VI S. 80, André S. 46. 47; Seuff. Arch. V. 283, XVIII. 245.

[9] L. 17 §. 6 cit. In scheinbarem Widerspruch mit dieser Stelle sagt l. 17 §. 5 eod.: „Si in plures fuerit sic compromissum, ut, si dissentirent, tertium assumant, puto tale compromissum non valere; nam in assumendo possunt dissentire". Aber warum sollten die Parteien den Schiedsrichtern nicht durch Vertrag eine Macht beilegen können, welche denselben schon nach gesetzlicher Regel zusteht? Die l. 17 §. 5 cit. will nur sagen, daß ein solches Compromiß nicht die Kraft habe, eine Entscheidung mit Nothwendigkeit herbeizuführen. Ueber die verschiedenen Ansichten s. André S. 33—38. André selbst stellt die neue Ansicht auf, daß in l. 17 §. 6 cit. den Schiedsrichtern nicht die Befugniß zur Erwählung eines Obmannes gegeben, sondern die Verpflichtung zur Beiziehung einer vom Gericht zu bestimmenden Person auferlegt sei. Diese Erklärung scheitert nach meiner Ansicht an dem Worte eligere in §. 6 cit. Von der Ungültigkeit eines Vertrages, durch welchen den Schiedsrichtern die Befugniß, die Sache an einen Obmann zu bringen, ein=

2. Der Schiedsvertrag ist ungültig, abgesehen von den allgemeinen Gründen, wegen Unfähigkeit des ernannten Schiedsrichters [10]. Was die Anfechtbarkeit wegen Ermangelung der Voraussetzung angeht, so gilt hier das Gleiche, was oben (§. 414) über den Vergleich gesagt worden ist [11]. Der Schiedsvertrag verliert seine Verbindlichkeit durch den Tod einer Partei [12] und durch einseitigen Rücktritt wegen Feindschaft mit dem Schiedsrichter [13]. — Gegenwärtigkeit des Rechtsstreites, oder auch nur des Rechtsverhältnisses, ist Voraussetzung der Gültigkeit des Schiedsvertrages nicht [14]. Ebenso wenig ist Voraussetzung seiner Gültigkeit die sofortige Bezeichnung der Person des Schiedsrichters [15]. Ist aber die Bezeichnung der Person des Schiedsrichters künftiger Vereinbarung vorbehalten [16], so liegt nicht sowohl ein

---

geräumt wird, geht aus c. 12 X. de arbitris 1. 43 (welche Stelle aber unmittelbar nicht von dem Falle, wo durch die Schiedsrichter, sondern von dem Fall redet, wo durch einen Dritten soll gewählt werden); das Recht der Schiedsrichter zur Erwählung eines Obmannes ohne Vertrag erkennen an c. 39 X. de off. et pot. iud. deleg. 1. 29, c. 61 X. de appell. 2. 28. — Vgl. noch Seuff. Arch. II. 47, IX. 156, XVI. 47.

[10] Unfähig zur Uebernahme eines Schiedsspruches sind: a) Personen unter 20 Jahren, l. 9 §. 1 l. 41 D. h. t.; b) Taube, Stumme, Wahnsinnige, l. 9 §. 1 D. h. t.; c) Frauen, sie müßten denn Gerichtsbarkeit haben, l. 6 C. h. t., c. 4 X. h. t. 1. 43; d) die Parteien selbst, l. 51 D. h. t. L. 9 §. 2 D. h. t. erklärt auch den Richter der Sache für unfähig; anders das canonische Recht, c. 7 X. h. t. 1. 43. Vgl. Holzschuher III §. 317 Nr. 7.

[11] Dieß folgt daraus, daß auch der Schiedsvertrag den Zweck hat, einen Streit zu beendigen.

[12] L. 27 §. 1 l. 32 §. 3 l. 49 §. 2 D. h. t., c. 14 X. h. t. 1. 43.

[13] L. 32 §. 14 D. h. t. — Daß der Schiedsvertrag seine Verbindlichkeit auch durch vertragsmäßige Aufhebung verliert (l. 32 §. 3 D. h. t.), versteht sich von selbst. — Durch die Ablehnung oder den Rücktritt des vereinbarten Schiedsrichters (§. 417), durch dessen Tod (l. 45 D. h. t., c. 45 X. de testib. 2. 20, vgl. Seuff. Arch. V. 283), durch den Ablauf der ihm gesetzten Zeit (l. 32 §. 3 D. h. t.), verliert der Schiedsvertrag nicht sowohl seine Verbindlichkeit, als seine Ausführbarkeit.

[14] Nicht entgegensteht l. 46 D. h. t. André S. 26—29. In Betreff des zweiten Punktes ist dieser Schriftsteller ohne Grund anderer Meinung.

[15] C. 12 X. de arbitr. 1. 43 enthält eine falsche Auffassung der l. 17 §. 5 D. h. t. S. Note 9.

[16] Gegensatz: ein Dritter soll die Schiedsrichter ernennen, oder jede Partei Einen. Vgl. Arch. f. prakt. RW. IX S. 110—117; Seuff. Arch. XIII. 314.

Schiedsvertrag vor, als ein Vertrag auf Abschluß eines Schiedsvertrages [17].

c. Vertrag mit dem Schiedsrichter.

§. 417.

Von dem Schiedsvertrag ist zu unterscheiden der Vertrag, welchen die Parteien mit dem Schiedsrichter abschließen [1]. Niemand braucht Schiedsrichter zu werden; aber wer einmal die schiedsrichterliche Entscheidung übernommen hat, ist verpflichtet, sie zu fällen [2]. Doch wird dabei vorausgesetzt, daß der Schiedsvertrag selbst verbindlich sei, und fortfahre verbindlich zu sein [3]; und auch abgesehen davon hat der Schiedsrichter gewisse gesetzlich anerkannte Entschuldigungsgründe [4].

3. Schiedseidvertrag*.

§. 418.

Schiedseidvertrag ist der Vertrag, durch welchen die vertragschließenden Parteien die Entscheidung einer zwischen ihnen schwe-

---

[17] S. g. pactum de compromittendo. Demselben wird Erfüllung gesichert, was den Beklagten angeht, durch eine Einrede gegen die von dem Kläger gerichtlich angebrachte Klage; was den Kläger angeht, durch eine Replik gegen diese vom Beklagten vorgebrachte Einrede (vgl. §. 415 Note 8); aber auch durch directe Klage, wobei die Execution durch Strafdrohung, oder dadurch beschafft wird, daß der Richter anstatt der säumigen Partei zur Bestellung des Schiedsgerichts mitwirkt. Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock II S. 183--185. A. M. in Betreff des letzteren Punktes Sintenis Anm. 88, und in Betreff der Gültigkeit des pactum de compromittendo überhaupt André S. 29—33 und Seuff. Arch. XIII. 314.

§. 417. [1] S. g. receptum arbitri.

[2] L. 3 §. 1 l. 15 D. h. t. Er wird vom Richter durch Verhängung von Geldstrafen gezwungen, l. 32 §. 12 D. h. t. Binnen welcher Frist muß er das Urtheil fällen? L. 13 §. 3. 4 l. 14 D. h. t.

[3] Bei den Römern gehörte dazu auch ein Strafversprechen, und die Fortdauer der Verbindlichkeit desselben. L. 11 §. 1—l. 13 §. 1 l. 32 §. 1. 3 l. 34 §. 1 l. 35 D. h. t.

[4] L. 9 §. 4. 5 l. 10. 11 pr. l. 15. 16. 17 pr. D. h. t. S. noch l. 9 §. 3 D. h. t. (der Richter zwingt auch dann nicht, „si sordes aut turpitudo arbitri manifesta sit"), in Verbindung mit l. 7 pr. eod.

§. 418. * Dig. 12. 2 de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali.

benden Rechtsstreitigkeit auf den Eid der einen von ihnen stellen. Der Schiedseidvertrag enthält von Seiten desjenigen, welcher den Eid zuschiebt, eine Unterwerfung unter die von der anderen Seite abgegebene, eidlich erhärtete Erklärung; es ist in dieser Beziehung zu wiederholen, was oben (§. 415) über den Schiedsrichtervertrag gesagt worden ist[1]. Bringt der Kläger, so lange die Ableistung des Eides noch in Frage steht, die Sache an den Richter, so ist aus dem Vertrage eine Einrede gegen ihn begründet[2]. Der Ableistung des Eides steht der Erlaß desselben durch den Zuschiebenden gleich[3]. Verweigerung der Ableistung des Eides

---

Cod. 4. 1 de rebus creditis et iureiurando. — Savigny System VII §. 309—314. Glück XII S. 178 fg.; Unterholzner I S. 656—658, Sintenis I S. 489—492.

[1] a) Der Eid macht zwischen den Parteien Recht, formale Wahrheit. L. 5 §. 2 l. 9 §. 1 l. 28 §. 10 l. 29 l. 30 pr. D. l. 1 C. h. t., §. 11 I. de act. 4. 6. Deßwegen wird der Eid mit dem richterlichen Urtheil verglichen, l. 2 l. 26 §. 2 l. 35 §. 1 D. h. t., l. 1 pr. D. quar. rer. actio 44. 5. (In mehreren der zuvor genannten Stellen wird die Kraft des Eides, nicht genau, unter den Gesichtspunkt des Beweises gestellt.) Eine Anfechtung des Eides wegen Meineides gestattet das römische Recht nur in einem ganz besonderen Ausnahmefall, l. 13 C. h. t. Die Bestimmung der P. H. G. O. Art. 107 bezieht sich nur auf gerichtliche Eide. b) Der Eid macht Recht zwischen den Parteien auf Grund des abgeschlossenen Vertrages, l. 3 pr. l. 26 §. 2 l. 35 §. 1 D. h. t. Deßwegen wird der Eid mit dem Vergleiche zusammengestellt, l. 2 l. 31 i. f. D. h. t., l. 21 D. de dolo 4. 3. c) Hat Jemand geschworen, daß ihm ein Anspruch zustehe, so kann er auf Grund des Eides klagen. So schon nach römischem Recht, wenngleich der Eidvertrag nur formlos abgeschlossen war, §. 8 I. de act. 4. 6, l. 28 §. 10 l. 25 l. 30 pr. §. 1. 2 D. h. t. d) Hat Jemand geschworen, daß ein Anspruch gegen ihn nicht begründet sei, so ist er von dem Anspruch frei nach dem Rechte des Erlasses. In diesem Sinne wird der Eid mit der acceptilatio (l. 40 D. h. t.) und der solutio (l. 21 l. 27 §. 1 l. 28 §. 1 l. 35 §. 1 D. h. t.) verglichen. Nach römischem Recht erzeugte der Eid übrigens immer nur exceptio oder denegatio actionis, l. 7 l. 9 pr. D. h. t. e) Geht der Eid nicht auf Bestehen oder Nichtbestehen eines Anspruchs, sondern auf Dasein oder Nichtdasein eines sonstigen Rechtsverhältnisses oder einer Thatsache, so kann jeder aus diesem Rechtsverhältniß oder dieser Thatsache herzuleitende Anspruch auf Grund des Eides klagend verfolgt bez. zurückgewiesen werden. L. 9 §. 1. l. 11 l. 13 §. 1—5 l. 26 §. 1 l. 28 §. 5—9 l. 29 l. 30 §. 2 D. h. t.

[2] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber unmittelbar aus dem Inhalt des Vertrages.

[3] L. 6 l. 9 §. 1 D. h. t.

ist Ausfall der Bedingung des abgeschlossenen Vertrages; eine weitere Folge hat dieselbe nicht[4]. — Für und gegen Dritte wirkt der Eid nicht[5], abgesehen von Bürgen[6], Correalschuldnern und Correalgläubigern[6], Rechtsnachfolgern[7]. — Die Gültigkeit des Vertrages steht unter den allgemeinen Regeln. Ueber die Anfechtbarkeit wegen Ermangelung der Voraussetzung gilt das Gleiche, wie für Vergleich und Schiedsrichtervertrag[8].

H. Spiel und Wette*.

§. 419.

Im Spiel- wie im Wettvertrag verspricht jede Partei der anderen Etwas[1] unter einer Bedingung, welche das Gegentheil

---

[4] L. 5 §. 4 D. h. t. Hierin besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem außergerichtlich und dem vor Gericht zugeschobenen Eid: der letztere muß bei Strafe der Sachfälligkeit entweder ausgeschworen oder zurückgeschoben werden. L. 34 §. 7—9 D. h. t. Auf diesen Unterschied beziehen sich ohne Zweifel die Ausdrücke voluntarium und necessarium in der Rubrik des hierher gehörigen Pandektentitels (s. bei *); heutzutage aber versteht man unter iusiurandum voluntarium eben den vor Gericht zugeschobenen Eid, im Gegensatz des vom Richter auferlegten, welcher iusiurandum necessarium genannt wird.

[5] L. 3 §. 3 l. 9 §. 7 l. 10 l. 11 §. 3 l. 12 l. 13 pr. D. h. t.

[6] L. 28 §. 1—3 l. 42 pr. §. 1—3 D. h. t., l. 1 §. 3 D. quar. rer. act. 44. 5. Vgl. §. 295 Note 6.

[7] Gesammt- und Sondernachfolgern. L. 7 l. 8 l. 9 §. 7 D. h. t.

[8] S. §. 414 und §. 416 Note 11. — Ohne Angabe von Gründen behauptet Savigny a. a. O. S. 85, daß nach heutigem Recht der Schiedseidvertrag überhaupt unverbindlich sei. Gegen diese Meinung erklärt sich auch Wetzell Civilproz. §. 27 z. A.

§. 419. * Dig. 11. 5 de aleatoribus. Cod. 3. 43 de aleatoribus et alearum lusu. — Ueber Spiel und Wette sind hauptsächlich zu vergleichen die beiden Aufsätze von Wilda in der Zeitschr. f. deutsches R. II. 2 S. 133—193 und VIII S. 200—239 (1839. 1843). Ferner: Gans Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung I. 2 Nr. 14 (1830; darüber Wilda II S. 141—144), Thöl der Verkehr mit Staatspapieren S. 235—272 (1835), v. d. Pfordten Abhandlungen S. 327—333 (1840). Glück XI S. 325—374; Unterholzner II S. 305—309, Sintenis II S. 724—727, Vangerow III §. 673 Anm., und die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Gerber §. 193, Beseler II §. 130, Bluntschli §. 125. 126.

[1] Zu geben, oder, wenn der Spiel- bez. Wettpreis sogleich eingesetzt wird,

ist von der Bedingung, unter welcher sie ihrerseits sich von dieser anderen Partei etwas versprechen läßt, so daß im Resultat nur die eine Partei etwas erhält, also gewinnt, während die andere verliert[2]. Im Uebrigen sind Spiel- und Wettvertrag wesentlich verschieden. Bei dem Wettvertrag ist die Bedingung, von welcher die Parteien Gewinn und Verlust abhängig machen, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit von Behauptungen, welche sie einander gegenüber aufstellen, und der Sinn, in welchem der Wettvertrag abgeschlossen wird, ist der, daß jede Partei eine Strafe übernimmt für den Fall, daß sie Unrecht haben sollte, und eine Strafe über den Gegner verhängt für den Fall, daß dieser Unrecht haben sollte. Beim Spielvertrag dagegen ist die Bedingung, von welcher Gewinn und Verlust abhängig gemacht wird, entweder der Ausfall einer von den Parteien zum Zwecke geselliger Unterhaltung vorgenommenen Thätigkeit (Spiel im engeren Sinne), oder das Sein oder Nichtsein, Eintreten oder Nichteintreten irgend einer anderen Thatsache, welche die Parteien zur Entscheidung über Gewinn und Verlust nur benützen[3]. Das Motiv des Spiel-

---

den Anderen nehmen zu lassen. — Es ist auch möglich, daß der Spiel- bez. Wettpreis einem Dritten zur Aushändigung an den Sieger übergeben wird, von welchem Falle l. 17 §. 5 D. de praescr. verb. 19. 5 (Note 5) handelt. In diesem Falle besteht die gegenseitige Leistung der Parteien nicht in einer Verpflichtung, welche sie jede der anderen gegenüber übernehmen, sondern in einer Verpflichtung, welche sie jede dem Dritten gegenüber übernehmen, dahin gehend, daß der Dritte der anderen Partei leisten dürfe, was diese sich von ihm hat versprechen lassen, — Aushändigung des Eingesetzten für den Fall des Sieges. Für das Wesen des Spiel- und Wettvertrages ist diese Modification ohne Bedeutung.

2 Sind Spiel- und Wettvertrag gegenseitige Verträge (§. 321)? Man wird es nicht leugnen dürfen. Kann bei dem gegenseitigen Vertrag die Verpflichtung der einen Partei eine bedingte sein (§. 387), so können bedingt auch die Verpflichtungen beider Parteien sein, und die Natur des Vertrages wird dadurch nicht alterirt, daß die eine Bedingung die Umkehrung der anderen ist, so daß es von vorne herein feststeht, daß nur Eine Verpflichtung existent werden wird. Dieses Letztere drückt v. d. Pfordten a. a. O. so aus: Spiele und Wetten seien in der Eingehung zweiseitig, in der Erfüllung aber nur einseitig. — Kuntze zu Holzschuher III S. 39 stellt die Obligationen aus Spiel und Wette als „alternative Obligationen" den gegenseitigen Obligationen gegenüber.

3 Diese Thatsache kann ebenfalls der Ausfall einer von den Parteien vorgenom-

vertrages ist im ersten Fall die Absicht, durch die Aussicht auf Gewinn oder Verlust den Ernst und die Energie der Spielthätigkeit zu steigern, oder auch, ausschließlich oder mit diesem Motiv verbunden, der Reiz des Wagens; im zweiten Fall ist das Motiv des Spielvertrags der Reiz des Wagens oder Gewinnsucht[4].

Auf dieser Verschiedenheit des Wett- und des Spielvertrages unter sich, und des Spielvertrages in sich, beruhen folgende Rechtssätze.

1. Der Wettvertrag ist durchaus erlaubt, und erzeugt die seinem Inhalte gemäße rechtliche Wirkung[5].

---

menen Thätigkeit, sie kann aber auch irgend eine andere sein. Ob die Parteien selbst die Würfel werfen, oder ob sie nur zusehen, während ein Anderer sie wirft, ist für den Begriff des Spielvertrages sehr gleichgültig. Das s. g. Differenzgeschäft (steigt bis zu einer gewissen Zeit der Curs dieses Papieres über eine gewisse Grenze, so bezahle ich die Differenz, fällt er unter diese Grenze, so bezahlst du die Differenz — oder umgekehrt) ist ein Spielvertrag, welcher nur nicht so genannt wird. Gerade mit Rücksicht auf das Differenzgeschäft, und um dessen Gültigkeit zu retten, hat Thöl a. a. O. die Behauptung aufgestellt, es sei zum Begriff des Spiels wesentlich, daß die Entscheidung durch die Thätigkeit der Parteien herbeigeführt werde, und hält diese Behauptung auch noch jetzt aufrecht (Handelsrecht 4. Aufl. §. 102). Thöl hat sich, wie zu erwarten war, nicht gescheut, alle Consequenzen derselben zu ziehen. „Der Vertrag, den zwei Engländer schlossen, daß der Eine oder der Andere eine bestimmte Summe an den Gegner verlieren solle, je nachdem von zwei auf das eine Ende eines Tisches gesetzten Schnecken die eine oder die andere zuerst das entgegengesetzte Ende erreichen werde, ist ein Spiel. Hätten die Contrahenten die Schnecken so vorgefunden, daß sie, die Contrahenten, auch nicht im Mindesten auf die Entscheidung des Vertrages eingewirkt hätten, so wäre es eine Wette gewesen." Gegen Thöl Wilda VIII S. 208—210. Angenommen ist die Thöl'sche Ansicht in dem Urtheil bei Seuff. Arch. XI. 236.

[4] Ist das Motiv des Spielvertrages Steigerung und Belebung der Spielthätigkeit, so ist er Spielvertrag, weil er sich an ein Spielen anschließt; ist das Motiv des Spielvertrages Lust am Wagen oder Gewinnsucht, so ist er deßwegen Spielvertrag, weil er selbst ein Spielen enthält.

[5] L. 17 §. 5 D. de praescr. verb. 19. 5. Thöl a. a. O. S. 264 bezweifelt mit Unrecht, daß in dieser Stelle von einer Wette die Rede sei; s. dagegen Wilda VIII S. 217. 218. Ueber den weitgehenden Gebrauch, welchen die Römer von Wetten zum Zwecke der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung über eine irgendwelche Streitigkeit machten, s. die Citate bei Keller Civilproc. §. 26 Note 307. 308. — A. M. in Betreff der Gültigkeit des Wettvertrages Puchta §. 258, auf Grund der irrigen Auffassung: „Spiele sind Complexe von zusammenhängenden Wetten", und mit Berufung darauf,

2. Der Spielvertrag ist dann erlaubt, wenn er sich innerhalb der Grenze einer geselligen Unterhaltung hält. Dieß thut er: a) wenn sein Motiv die Steigerung und Belebung einer zum Zwecke der Unterhaltung vorgenommenen anderweitigen Thätigkeit ist; b) wenn sein Motiv zwar der Reiz des Wagens, aber der Spielpreis mäßig und den Vermögensverhältnissen der Spielenden entsprechend ist[6]. Der erlaubte Spielvertrag erzeugt ebenfalls alle seinem Inhalte gemäßen rechtlichen Wirkungen[7].

---

daß l. 17 §. 5 cit. nur von einer Klage gegen den Dritten rede. Auch bei älteren Juristen findet sich die Meinung, daß der Wettvertrag ungültig sei, wie der Spielvertrag, s. Wilda S. 226.

[6] Das römische Recht erlaubt den Spielvertrag in diesem Umfange nicht. Es erlaubt ihn nur bei Spielen zum Zwecke körperlicher Uebung, und zwar nach Justinian's Vorschrift nur bei fünf Spielen dieser Art (vgl. darüber Glück XI S. 326. 327), und nur mit der Maßgabe, daß der Spielpreis nicht mehr als einen solidus betrage. Außerdem ist erlaubt das Spielen im häuslichen Kreise um dasjenige, „quod in convivio vescendi causa ponitur" (l. 4 pr. D. h. t.). Für die weiter gehende, im Texte aufgestellte Bestimmung darf ein allgemeines deutsches, täglich geübtes Gewohnheitsrecht behauptet werden; es wird täglich das im Spiele Verlorene gezahlt, ohne daß dieß kraft eines besonders empfindlichen Ehrgefühls geschähe, und anders angesehen würde, als eine Sache des einfachen Rechts. Dazu stimmt auch die in den Particularrechten vertretene deutsche Rechtsentwickelung, wie sie von Wilda II S. 144 fg. nachgewiesen worden ist. S. auch Wilda das. S. 173—180. — Andere haben den Satz aufgestellt, nach heutigem Rechte seien erlaubt alle Kunstspiele, nicht die Glücksspiele. S. darüber und dagegen Wilda a. a. O. S. 174 fg. — Für die fortdauernde Gültigkeit der römischen Bestimmungen: Seuff. Arch. I. 345, IX. 289, XIII. 94.

[7] Wilda (II S. 180—183) will auch aus dem erlaubten Spiele keine Klage gestatten, sondern nur das Rückforderungsrecht ausschließen, wieder mit Berufung auf die in den deutschen Particularrechten und dem Reichsgesetz von 1570 §. 211 („Reuterbestallung und Artikul der teutschen Knechte") vertretene Rechtsentwickelung. Die hierher gehörigen deutschrechtlichen Bestimmungen verbieten das „Spielen auf Borg", scheinen mir dieß aber viel mehr in dem Sinne zu thun, weil sie in einem solchen Spielen eben kein Spielen zur Unterhaltung, sondern ein eigentliches Spielen um Gewinn sehen, als um jede Klage aus dem Spielvertrage überhaupt auszuschließen. Jedenfalls verstehen sie unter Spiel auf Borg ein Spiel, bei welchem demjenigen, welcher erklärt, nicht im Besitze von Geld zu sein, das zu Verlierende im Voraus creditirt wird, nicht aber ein Spiel, nach dessen Beendigung ein Mitspieler erklärt, er sei augenblicklich nicht im Besitz von Geld, und bitte daher, ihm das Verlorene einstweilen zu creditiren.

3. Jeder andere Spielvertrag ist verboten und nichtig; das Verlorene braucht nicht gezahlt zu werden, und kann zurückgefordert werden, wenn es bereits gezahlt worden ist[8].

§. 420.

1. Erlaubt und verbindlich ist nicht Alles, was Wettvertrag genannt wird, sondern nur, was Wettvertrag wirklich ist; es kann sich sehr wohl unter dem Namen der Wette ein Spiel verbergen[1]. — Auch der Wettvertrag, welcher es wirklich ist, ist unerlaubt, wenn die Wette einen unsittlichen Inhalt hat[2]. — Der

---

[8] L. 3 C. h. t. (welche Stelle nicht, wie Arndts §. 236 Anm. 2 und Sintenis §. 123 Anm. 2 annehmen, unglossirt ist), l. 4 §. 1. 2 D. h. t. A. M. in Betreff des Rückforderungsrechts Wilda II S. 185—190, wieder mit Berufung auf das deutsche Recht, jedoch nicht in überzeugender Weise. Particularrechtlich tritt aber wohl an die Stelle des Rückforderungsrechts Confiscation der verspielten Summen. — Vgl. Seuff. Arch. I. 345, XIII. 94; XI. 155.

§. 420. [1] Was Wette genannt wird, ist in der That Spiel, wenn die Parteien nicht wetten, weil sie widersprechende Behauptungen gegen einander aufgestellt haben, sondern widersprechende Behauptungen gegen einander aufstellen, um wetten zu können. Dahin gehört auch das s. g. Pariren beim Spiel, in dem Sinne, in welchem es gewöhnlich geschieht. Anders, wenn es wirklich von der Ueberzeugung ausgeht, daß einer der Mitspielenden dem andern an Kraft überlegen sei. In gleicher Weise verhält es sich mit den Wetten, welche bei Pferderennen und ähnlichen Wettkämpfen gemacht zu werden pflegen. Das römische Recht erklärt (l. 3 D. h. t.) für unerlaubt alle Wetten beim Spiele, mit Ausnahme der Spiele zum Zwecke körperlicher Uebung, — ohne Zweifel in dem Sinne, daß bei den letzteren ein Interesse der Wettenden am Ausgange des Spiels als solchen denkbar sei, während in anderen Fällen das Spiel zur Entscheidung über Gewinn und Verlust nur benützt werde. Vgl. Wilda VIII S. 217. 227—230. Seuff. Arch. II. 291, XIII. 94. — Wo die Grenze zwischen der wirklichen Wette und der Spielwette ist, kann im einzelnen Fall sehr schwer zu bestimmen sein; der Gegensatz selbst ist deßwegen nicht weniger wahr. Einen nahe liegenden Anhaltspunkt für die richterliche Entscheidung wird die Höhe der Wettsumme bilden; ist dieselbe unverhältnißmäßig hoch, so liegt die Vermuthung nahe, daß in der Wette gespielt worden sei. Die Behauptung aber, daß die Wette überhaupt (also auch da, wo es feststeht, daß sie aus Rechthaberei abgeschlossen worden ist) durch die unverhältnißmäßige Höhe der Wettsumme eine unerlaubte und unverbindliche werde, läßt sich nicht rechtfertigen, auch nicht, wenn man, was der Standpunkt von Wilda ist (VIII S. 220—233), das ältere deutsche Recht zu Hülfe nimmt. Vgl. Vangerow S. 539.

[2] L. 17 §. 5 i. f. D. de praescr. verb. 19. 5. Einen unsittlichen Inhalt

Wettvertrag kann, wie jeder Vertrag, angefochten werden wegen Arglist; aber Arglist ist es nicht ohne Weiteres, wenn Jemand, welcher von der Wahrheit seiner Behauptung sichere Kunde hat, wettet, ohne dieß dem Gegner mitzutheilen [3]. — Gleichheit des Wettpreises auf beiden Seiten ist Bedingung der Gültigkeit des Wettvertrages nicht. Wird nur von der einen Seite etwas für den Fall des Unrechthabens versprochen, so ist das keine Wette mehr; jedoch ist ein solcher Vertrag nicht unverbindlich [4].

2. Das Recht auf Rückforderung des in einem verbotenen Spiel Verlorenen verjährt erst in fünfzig Jahren [5]. Will der Verlierende dieses Recht nicht geltend machen, so kann es statt seiner seine Stadtgemeinde, in zweiter Linie der Fiscus thun [6]. — Der von Vielen aufgestellte Satz, daß das zum Zweck eines verbotenen Spiels gegebene Darlehn nicht zurückgefordert werden könne, ist bedenklich [7]. Dagegen enthält das römische Recht noch die Bestimmung, daß derjenige, welcher seine Wohnung zu einem

---

hat die Wette, wenn sie zur Beförderung des Schlechten dient. Wilda VIII S. 218. 228.

[3] Anders, wenn er sich den Schein gibt, die Sache, auf welche es ankommt, minder gewiß zu wissen, als dieß der Fall ist. Wilda VIII S. 233—236, Vangerow S. 539, Holzschuher III §. 310 Nr. 5.

[4] Vgl. Schwarze und Heyne Untersuchung practisch wichtiger Materien ꝛc. S. 88—91, Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 100.

[5] L. 3 C h. t. (§. 419 Note 8).

[6] L. 3 C. cit. Vgl. Glück XI S. 334—337, Wilda II S. 190—192, Sintenis §. 123 Anm. 5.

[7] Man stützt ihn auf l. 12 §. 11 D. mand. 17. 1 und l. 2 §. 1 D. quar. rer. actio 44. 5. Aber was die erste Stelle angeht, so gelangt man, wenn man dieselbe wirklich für die hier vorliegende Frage verwerthen will, zu dem, doch von Niemandem anerkannten, Satz, daß kein Darlehn zurückgefordert werden könne, von welchem der Darlehngeber wisse, daß es öconomisch schlecht werde verwendet werden. Richtiger erscheint es daher, diese Stelle aus der Jugend des Darlehngebers („adolescens“) zu erklären, vgl. l. 27 §. 1 l. 24 §. 4 D. de min. 4. 4. Aus l. 2 §. 1 D. quar. rer. actio (§. 391 Note 40) aber folgt höchstens, daß das Darlehn dann nicht zurückgefordert werden könne, wenn das Geld verloren worden ist. Wilda beruft sich auch hier auf das deutschrechtliche Verbot des Spieles auf Borg. Vgl. noch Holzschuher III §. 310 Nr. 2. — Wird das Darlehn von dem Mitspieler gegeben, und das gegebene Geld an denselben verloren, so ist das Darlehn freilich unrückforderbar. Es ist jetzt ganz gleich, als wenn das Geld direct im Spiele verloren worden wäre.

verbotenen Spiel hergibt, keinen Anspruch wegen erlittener Schläge und wegen Beschädigung, und ebenso wenig wegen einer zur Zeit des Spiels in seinem Hause verübten Entwendung haben solle [8].

3. Eine besondere Gestaltung des Spielvertrags ist der moderne Lotterievertrag. Das Besondere desselben liegt darin, daß nur die Verpflichtung der einen der spielenden Parteien eine bedingte ist. Der Lotterievertrag wird heutzutage von den Staaten als Erwerbsquelle benützt, und ist insofern erlaubt [9].

II. Forderungsrechte aus vertragsähnlichen Gründen.

A. Ungerechtfertigte Bereicherung*.

1. Begriff.

a. Bereicherung.

§. 421.

Die Thatsache, daß Jemand aus fremdem Vermögen in ungerechtfertigter Weise bereichert worden ist, erzeugt für ihn die

---

[8] L. 1 pr. — §. 3 D. h. t. Doch ist freilich die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung sehr bestritten. Wilda II S. 173, Sintenis Anm. 5 a. E. — Oeffentliche Bestrafung des verbotenen Spiels? S. l. 1 §. 4 D. h. t., l. 3 i. f. C. h. t.; Heffter Strafrecht §. 483, Wilda II S. 183—185.

[9] Das Nähere muß den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts überlassen bleiben. — Ebenso muß den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts die Darstellung der anderen gewagten Verträge überlassen werden, welche außer den hier genannten noch einer besonderen Erörterung bedürfen, des Leibrentenvertrags, des Versicherungs- und des Bodmereivertrags (vgl. über den letzteren auch §. 371 Note 8 a. E.).

§. 421. * Dig. 12. 4—7, 13. 1. Cod. 4. 5—9. — Windscheid die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (1850) Erxleben die condictiones sine causa, 1. Abtheil. 1850, 2. Abtheil. 1853. H. Witte die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts (1859). Voigt die condictiones ob causam (1862); vgl. über diese Schrift die Recensionen von Esmarch krit. VJSchr. V S. 523—541 und von H. Witte in Schletter's Jahrb. X S. 6—25 (die letztere ist nicht zu strenge). Die im Vorstehenden genannten Schriften decken übrigens das hier behandelte Thema nicht alle vollständig. — Glück XIII S. 1 fg.; Unterholzner II S. 6—65, Sintenis II §. 109 (S. 517—545).

Verpflichtung, dem Benachtheiligten herauszugeben, worum er reicher geworden ist[1]. [2]

1. Bereicherung[3]. Dieselbe kann in einer Vermehrung des Vermögens bestehen, oder in einer Nichtverminderung. Vermögensvermehrung: Erwerb eines Eigenthumsrechtes[4], eines Rechtes an

---

[1] Früher lehrte man vielfach, daß schon die Thatsache der Bereicherung aus fremdem Vermögen als solche eine Verpflichtung zur Ausgleichung des dadurch dem Andern entstandenen Nachtheils begründe, und noch W. Sell in seinen Versuchen I. 1 (1833) hat der Ausführung dieses Grundsatzes eine besondere Abhandlung gewidmet. Jetzt wird es wohl von Niemandem mehr verkannt, daß der Grundsatz in dieser Allgemeinheit unrichtig ist, und daß, wenn die Quellen wirklich lehren: „natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem" (l. 14 D. de cond. ind. 12. 6, l. 206 D. de R. I. 50. 17), dieß nur eine von den vielen falschen Abstractionen ist, welche sich in ihnen finden. Den richtigen Grundsatz gibt an l. 1 §. 3 de cond. sine causa 12. 7. „Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam"; — ferner l. 25 D. de act. rer. am. 25. 2: — „Nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident". — Den bezeichneten Irrthum hat neuerlich Jacobi (Jahrb. f. Dogm. IV. 3) umgekehrt, indem er behauptet, daß auch die Ungerechtfertigtheit der Bereicherung kein selbstständiges Klagefundament bilde. S. dagegen H. Witte das. V. 3, und vgl. §. 423 Note 13. — Ueber das Geschichtliche der Lehre s. Voigt §. 39—45.

[2] Die Verpflichtung aus der Thatsache der ungerechtfertigten Bereicherung entspricht der vertragsmäßigen Verpflichtung auf Rückgabe dessen, was Jemand aus fremden Vermögen in Händen hat. Der Zusammenhang zwischen der einen und der anderen Verpflichtung ist besonders nahe liegend da, wo die Bereicherung auf dem Willen des Aermergewordenen beruht. Gai. III. 90 (§. 1 I. quib. mod. re 3. 14): „Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam perinde ei condici potest: SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset". L. 5 §. 3 D. de O. et A. 44. 7, §. 6 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27. — Es ist hier nur die Rede von der Verpflichtung aus der Thatsache der ungerechtfertigten Bereicherung als solcher. Die Fälle, in welchen die Verpflichtung zur Herausgabe einer Bereicherung durch etwas Anderes, als eben ihre Ungerechtfertigkeit begründet ist, gehören nicht hierher, und daher namentlich nicht die actio negotiorum gestorum contraria und die actio de in rem verso. Vgl. Windscheid krit. VJSchr. I S. 116, und was speciell die actio negotiorum gestorum contraria angeht, unten §. 430 Note 18 a. E.

[3] Vgl. Voigt §. 47—51.

[4] Für diesen gewöhnlichsten Fall ist es nicht nothwendig, hier Beweisstellen anzugeben. — Liegt eine Bereicherung auch darin, daß der Werth einer bereits im Eigenthum befindlichen Sache gesteigert wird? Nur unter einer

fremder Sache[5], eines Forderungsrechtes[6], Erlangung eines Besitzes[7]; Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung[8] oder von einer Schuld[9]. Nichtverminderung des Vermögens: Nichtbeschwertwerden mit einer Eigenthumsbeschränkung[10] oder mit einer Schuld[11] oder mit einer Leistung[12], Ersparung einer Ausgabe[13], Erhaltung einer Sache[14]. — Entsteht aus der Bereicherung für den Be-

---

von folgenden beiden Voraussetzungen: a) die Werthsteigerung hat auch eine Ertragssteigerung zur Folge, dann besteht die Bereicherung in dem Mehrertrag; b) die Sache ist dem Eigenthümer feil, dann besteht die Bereicherung in dem Mehr des gelösten Kaufpreises. Vgl. l. 38 i. f. l. 29 D. de R. V. 6. 1, l. 10 D. de impens. 25. 1. Seuff. Arch. IX. 287.

5 L. 12 D. de cond. ind. 12. 6.

6 S. z. B. l. 1 pr. — §. 2 l. 3 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 7 C. de non num. pec. 4. 30.

7 L. 4 §. 2 D. de R. C. 12. 1, l. 15 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 31 §. 1 i. f. D. dep. 16. 3, l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 25 §. 1 D. de furt. 47. 2. Vgl. l. 9 pr. l. 21 §. 2 D. quod met. c. 4. 2, und 1 §. 161 Note 2. Seuff. Arch. III. 177, IV. 122.

8 L. 5 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

9 S. z. B. l. 4. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 24 D. de m. c. don. 39. 6.

10 L. 22 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 8 pr. D. de A. E. V. 19. 1.

11 L. 5 §. 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 7 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 3 §. 10 D. si cui plus 35. 3, l. 39 D. de cond. ind. 12. 6.

12 L 40 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 58—60 D. de leg. I° 30, l. 5 §. 2 D. de impens. 25. 1.

13 Z. B. Jemand erspart durch Gebrauch fremder Sachen oder fremder Arbeitskräfte Miethgeld (l. 65 §. 7 l. 26 §. 12 D. de cond. ind. 12. 6); Jemand gibt fremdes Geld aus, und deßwegen nicht sein eigenes (s. z. B. l. 29 D. de cond. ind. 12. 6, vgl. l. 50 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1); oder der Eigenthümer selbst gibt das Seinige hin, damit wir nicht nöthig haben, das Unsrige hinzugeben. — Durch das Ausgeben fremden Geldes wird übrigens eine eigene Ausgabe nur dann erspart, wenn das Geld, was freilich der gewöhnliche Fall sein wird, in einer Weise ausgegeben worden ist, daß es dadurch für den Eigenthümer unauffindbar geworden ist; denn sonst wird es von dem Eigenthümer vindicirt, und der Empfänger greift auf den Ausgebenden zurück. — In Betreff des oben zuerst genannten Falles geht von einer engeren, die Rückforderung ausschließenden Auffassung aus l. 25 D. de praescr. verb. 19. 5; dieselbe hält mit Unrecht für den Ausdruck des eigentlichen Gedankens des römischen Rechts Voigt S. 327. 332. 405. Das consumere alienam pecuniam der Quellen versteht Voigt lediglich von Eigenthumserwerb durch Vermischung (S. 390. 746).

14 Vgl. l. 31 §. 10 D. de don. i. v. e. u. 29. 1 (§. 365 Note 14).

reicherten zugleich ein Nachtheil, so ist wirkliche Bereicherung nur der Ueberschuß [15].

2. Bereicherung aus fremdem Vermögen. Die Bereicherung ist eine Bereicherung aus fremdem Vermögen nicht bloß dann, wenn durch ihren Inhalt die Verminderung des fremden Vermögens von selbst gegeben ist [16], sondern auch dann, wenn sie durch Mittel des fremden Vermögens, durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe, Belastung, Nichtvermehrung des fremden Vermögens, bewirkt worden ist [17].

3. Die Thatsache, auf welcher die Bereicherung beruht, kann Rechtsgeschäft sein, oder irgend eine andere [18]. Das Rechts-

---

15 Wer z. B. fremdes Geld zum Darlehn erhalten hat oder mit fremdem Gelde bezahlt worden ist, wird durch den Verbrauch des Geldes nur dann reicher, wenn er es unredlicher Weise verbraucht hat; denn durch redlichen Verbrauch wird er Schuldner und verliert er ein Forderungsrecht auf den gleichen Betrag (§. 370 Note 8, §. 342 Note 8). Vgl. §. 422 Note 2 und 4 a. E.

16 Der gewöhnliche Fall: Jemand wird Eigenthümer einer fremden Sache, Gläubiger eines Andern, wird von der Forderung eines Andern befreit ꝛc.

17 Jemand erspart sich durch Gebrauch oder Verbrauch fremden Vermögens eine eigene Ausgabe (Note 13). Jemand verkauft eine fremde Sache; er ist um den Kaufpreis bereichert, sobald das Vindicationsrecht des Eigenthümers ausgeschlossen ist (l. 23 D. de R. C. 12. 1, l. 49 D. de neg. gest. 3. 5). Meine Schuld bezahlt ein Anderer mit seinem Gelde. Eine Verpflichtung, welche ich übernehmen müßte, übernimmt ein Anderer. Jemand weist denjenigen, welcher ihm eine Leistung machen will, an, die Leistung mir zu machen.

18 Es kommt nur darauf an, daß es kraft der Natur Thatsache möglich sei, daß sie einerseits eine Bereicherung wirklich begründe, und diese Bereicherung andererseits dennoch eine ungerechtfertigte sei. — Der Unterschied, mit welchem Voigt (§. 55. 56) sich große Mühe macht, zwischen „pecuniär differenten" und „pecuniär indifferenten" Rechtserwerbthatsachen (je nach dem zum Begriff der Erwerbthatsache die Kategorie der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit gehöre oder nicht gehöre), würde für unsere Lehre selbst dann werthlos sein, wenn es wahr wäre, was Voigt behauptet, daß die römische condictio nur bei pecuniär indifferenten Erwerbthatsachen Platz gegriffen habe: denn jedenfalls leugnet Voigt nicht, daß auch die differenten dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung unterstellt worden seien; nur sei dieser Gesichtspunkt in der Formel in anderer Weise gewahrt worden (§. 86). Was aber den Ausschluß der condictio angeht, so hat schon Witte Rec. S. 14 auf die condictio iniustae donationis verwiesen, und es ist willkührlich, in l. 5 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1 die condictio incerti nicht auch auf den zuvor erwähnten Kaufvertrag zu beziehen.

geschäft braucht nicht nothwendig ein Rechtsgeschäft zwischen dem Bereicherten und dem Benachtheiligten zu sein[19]. — Der Fall, wo die Bereicherung auf einer Erbeseinsetzung oder einem Vermächtniß beruht, wird aus Zweckmäßigkeitsgründen hier ausgeschieden und der Betrachtung im Zusammenhange des Erbrechts vorbehalten.

b. Ungerechtfertigte Bereicherung.

§. 422.

Wann ist eine Bereicherung aus fremdem Vermögen eine ungerechtfertigte Bereicherung[1]? Man wird darauf verzichten müssen, auf diese Frage mit einer allgemeinen Formel zu antworten; es sind vielmehr die einzelnen Fälle in's Auge zu fassen.

1. Die Bereicherung ist mit dem Willen des Benachtheiligten eingetreten. Für diesen Fall ist davon auszugehen, daß die Bereicherung eine gerechtfertigte ist; sie kann jedoch auch in diesem Fall eine ungerechtfertigte sein. Davon näher im folgenden §.

---

[19] Der Geber leistet in der Person des Empfängers einem Andern; dem Empfänger leistet durch die Person des Gebers ein Anderer. Vgl. l. 9 §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 8 §. 2 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 78 §. 5 D. de I. D. 23. 3, l. 5 §. 5 l. 17 pr. D. de doli exc. 44. 4, l. 12. 13 D. de nov 46. 2, l. 2 C. de cond. ind. 4. 5; l. 8 §. 3 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 21 §. 1 D. de don. 39. 5; l. 18 §. 1 l. 31 §. 3 D. de m. c. don. 39. 6. Vgl. §. 412 Note 8. Ein anderer hierher gehöriger Fall ist der in Note 17 bezeichnete: Jemand verkauft eine fremde Sache.

§. 422. [1] Die ungerechtfertigte Bereicherung wird in den Quellen im Allgemeinen als eine Bereicherung sine causa bezeichnet. L. 66 D. de cond. ind. 12. 6. „Haec condictio . . . quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit“. L. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4: — „nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit“. L. 3 D. de cond. sine causa 12. 7. „Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt, ut liberentur“. L. 15 pr. D. de fidei. 46. 1. „Si stipulatus esses a me sine causa . . .“. Vgl. noch l. 2. 3. 4. 5 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 34 D. de cond. ind 12. 6, l. 11 §. 6 l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1, l. 50 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 §. 5 D. de coll. 37. 6, l. 2 §. 3 D. de doli exc. 44. 4, l. 5 C. de spons. 5. 1. S. aber auch §. 423 Note 8. Daneben tritt die Bezeichnung auf, daß die ungerechtfertigte Bereicherung non ex iusta causa sei. L. 1 §. 3 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 25 D. de act. rer. am. 25. 2 (§. 421 Note 1).

2. Die Bereicherung ist nicht mit dem Willen des Benachtheiligten eingetreten. Dann kann sie:

a) auf einer Rechtsveränderung beruhen, durch deren Inhalt die Benachtheiligung des Andern von selbst gegeben ist[1a]. Dann ist sie, eben weil die bereichernde Rechtsveränderung die Benachtheiligung dieses Andern von selbst enthält, und eine Rechtsveränderung nicht ohne den Willen des Rechts eintritt, eine gerechtfertigte; es wäre denn, daß die Rechtsregel, nach welcher sie eingetreten ist, nur den formalen Gesichtspunkt in's Auge faßt, so daß durch dieselbe eben auch nur die Rechts-, nicht aber die Vermögensveränderung gerechtfertigt wird[2].

b) Besteht die Bereicherung in der Erlangung fremden Besitzes, so ist sie eine ungerechtfertigte, wenn nicht durch eine besondere Thatsache ein Recht auf die Besitzergreifung begründet ist[3]. Ebenso wenn die Bereicherung durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe fremden Vermögens hervorgebracht ist, ist dieselbe eine ungerechtfertigte, wenn nicht aus einer besonderen Thatsache das Recht, sich in dieser Weise zu bereichern, hergeleitet werden kann[4].

[1a] Vgl. §. 421 Note 16.

[2] Beispiele: Eigenthumserwerb durch Verarbeitung, Gai. II. 79 (I §. 187 Note 6), vgl. l. 29 §. 1 l. 30 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; Eigenthumserwerb durch Verbindung, §. 26 I. de R. D. 2. 1 und die anderen I §. 190 Note 4 genannten Stellen (jedoch gilt für die Verbindung die in Note 7 bezeichnete Beschränkung). — Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 348 meint, in diesen Fällen sei Bereicherung nur, was der Verarbeiter nach Abzug der von ihm seinerseits für die Sache gemachten Aufopferung habe. Ich halte das nicht für begründet. Vor der Verarbeitung war der Besitzer in der Lage, die Sache dem Eigenthümer herausgeben zu müssen, ohne Ersatz für die von ihm gemachte Aufopferung verlangen zu können; jetzt kann ihm die Sache nicht mehr genommen werden; folglich ist er durch die Verarbeitung um die Sache reicher geworden. Gemindert wird die Bereicherung nur durch eine mit ihr selbst verbundene Aufopferung (§. 421 Note 15).

[3] Daher l. 4 §. 2 D. de R. C. 12. 1. „Ea quae vi fluminum importata sunt condici possunt". Von besonderer Wichtigkeit ist der Fall, wo in der Besitzergreifung ein Delict liegt, s. Note 5. Vgl. noch Buchka und Budde Entscheidungen V S. 279—282.

[4] Hierher gehören folgende Quellenentscheidungen. a) L. 18 §. 1 de R. C. 12. 1, l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1.: Jemand verbraucht fremdes Geld ohne den Willen des Eigenthümers in gutem Glauben. Abweichend, wie es scheint, l 67 D. de I. D. 23. 3 (vgl. unten). b) L. 23 D. de R. C. 12. 1,

Namentlich ist die Bereicherung dann eine ungerechtfertigte, wenn in den bezeichneten Handlungen ein Delict liegt[5]; es ist jedoch

---

l. 49 D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 C. de reb. al. 4. 51, l. 1 C. de comm. rer. al. 4. 52: Jemand verkauft in gutem Glauben (s. aber auch §. 391 Note 15) eine fremde Sache, welche dann untergeht, oder vom Käufer ersessen wird. Unter denselben Gesichtspunkt gehört c) l. 12 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5: Jemand verpfändet eine fremde Sache, durch deren Verkauf dann der Pfandgläubiger sich bezahlt macht. Er verkauft nicht selbst, aber er verschafft sich dadurch, daß er einem Andern die Verkaufsmöglichkeit gewährt, eine Bereicherung: Befreiung von einer Schuld. d) In l. 12 §. 1 cit. wird nicht bloß dem Eigenthümer der verkauften Pfandsache ein Rückforderungsrecht zugesprochen („si necdum pignus evictum est"), sondern auch dem Käufer nach der Eviction, vorausgesetzt, daß dieselbe für ihn einen Rückgriff gegen den verkaufenden Pfandgläubiger nicht bewirkt hat. Der Käufer bezahlt mit seinem Gelde die Schuld des Verpfänders, ohne daß er irgendwie den Willen hätte, denselben zu bereichern. e) L. 19 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: ein Sclave kauft (und erwirbt dadurch seinem Herrn) mit frembem Geld; l. 39 D. de stip. serv. 45. 3: ein servus fructuarius oder bona fide possessus stipulirt ex operis suis oder ex re fructuarii bez. bonae fidei possessoris, stellt aber die Stipulation ausdrücklich auf den Kopf des Eigenthümers. f) L. 49. D. de neg. gest. 3. 5: Jemand tilgt eine fremde Schuld aus eigenem Vermögen, indem er sich selbst für den Schuldner hält. Ebenso l. 14 §. 11 l. 32 pr. D. de relig. 11. 7, l. 50 §. 1 D. de H. P. 5. 3 (§. 431 Note 18). g) Jemand macht eine Auslage zum Besten eines Andern auf Grund eines von einem Dritten ertheilten Auftrages, welcher Auftrag sich dann als für den Dritten unverbindlich ausweist, l. 14 §. 15 D. de relig. 11. 7 (§. 431 Note 5. 6). h) Auch l. 30 D. de neg. gest. 3. 5: ein Solidarschuldner zahlt eine Schuld, welche materiell nicht ihn, sondern den Mitschuldner angeht, — läßt sich insofern hierher stellen, als auch in diesem Falle der Wille des Aufopfernden wenigstens zunächst nicht auf die Bereicherung des Mitschuldners, sondern auf seine eigene Befreiung gerichtet ist (vgl. §. 431 Note 12). Ob dagegen i) auch l. 24 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1 hierher zu ziehen ist, bleibt nach l. 3 §. 1 D. de R. C. 12. 1 und l. 22 §. 9 D. mand. 17. 1 zweifelhaft. — Faßt man die hier aufgezählten Stellen zusammen, so wird man nicht in Abrede stellen dürfen, daß in denselben der Ausdruck eines weit reichenden Principes enthalten ist, welches nicht anders formulirt werden kann, als im Texte geschehen ist. Nichtsdestoweniger ist dieß nicht allgemein anerkannt, und namentlich (vgl. auch §. 431 Note 18 [unten Note 6 a. E.]) hat man in der neueren Zeit mehrfach den Versuch gemacht (Wächter Erörterungen II S. 100, Jhering Abhandlungen S. 78 fg., Witte Bereicherungsklagen S. 295 fg. 310 fg. 325 fg., Vangerow III §. 628 Anm. a. E.), den Satz, daß der von dem gutgläubigen Besitzer einer Sache durch den Gebrauch oder Umsatz derselben gezogene Gewinn dem Eigenthümer herausgegeben werden müsse, auf den Fall

nicht nothwendig, daß in denselben ein Delict liege, damit die Bereicherung eine ungerechtfertigte sei[5a]. Es ist ferner nicht nothwendig, daß die bezeichneten Handlungen von dem Bereicherten selbst vorgenommen worden seien[6]; nur ist, wenn eine Verwendung auf eine fremde Sache von Jemandem vorgenommen wird, welcher sich selbst für den Eigenthümer hält, der Anspruch

zu beschränken, wo der gutgläubige Besitzer keinen Titel für sich habe (titulo putativo besitze), — mit Berufung darauf, daß der genannte Satz gegen das Princip, aus Billigkeitsgründen, anerkannt sei, und daß daher die Quellenstellen, welche ihn aussprechen, möglichst einengend auszulegen seien. Nach meiner Meinung ist dieser Satz, wie gesagt, lediglich eine Consequenz des Princips: überdieß sprechen l. 12 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5, l. 1 C. de reb. alien. 4. 51, l. 1 C. de comm. rer. al. 4. 52 von einem Besitzer schlechthin, nicht von einem ohne Titel Besitzenden. Auch auf l. 67 D. de I. D. 23. 3. (s. oben bei a) darf sich die hier verworfene Meinung nicht berufen; denn in dieser Stelle wird das Rückforderungsrecht gerade gegenüber einem nicht titulirten Besitzer abgesprochen. Vgl. Windscheid krit. VJSchr. I S. 116—118. — Darf der Verzehrende oder Veräußernde nicht wenigstens in Abzug bringen, was er für die veräußerte oder verzehrte Sache seinerseits aufgeopfert hat? Ich glaube nicht. S. Note 2, und vgl. Seuff. Arch. XIV. 238, und über die verschiedenen Meinungen Witte Bereicherungsklagen S. 310. 311 und die daselbst Citirten. — S. nach Seuff. Arch. II. 57.

5 In diesem Fall ist die Bereicherung nicht bloß sine causa oder non ex iusta causa, sondern geradezu ex iniusta causa. L. 6 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 65 §. 5 D. de act. rer. amot. 25. 2. Dig. 12. 5 de condictione ob turpem vel iniustam causam, Cod. 4. 9 de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa. Von besonderer Wichtigkeit ist hier das Delict des furtum (Bereicherung ex furtiva causa). Dig. 13. 1 Cod. 4. 8 de condictione furtiva; §. 26. 34. 35 I. de R. D. 2. 1, l. 4 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 22 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 67 §. 5 D. de furt. 47. 2, l. 25 §. 1 eod. S. ferner l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 §. 1 D. de furt. 47. 2; l. 55 D. de cond. ind. 12. 6.

5a S. Note 3 und 4.

6 Jemand kann aus fremdem Vermögen auch dadurch bereichert werden, daß der Eigenthümer selbst etwas zu seinem Besten verwendet, oder ein Dritter. Nur wird, wenn die Verwendung durch den Eigenthümer selbst erfolgt, regelmäßig auch dessen Wille auf die Bereicherung des Anderen gerichtet gewesen sein, so daß der Fall nicht hierher gehört. Der Hauptfall, in welchem diese Willensrichtung nicht vorhanden ist, ist der, wo der verwendende Eigenthümer nicht einen Andern, sondern sich selbst zu bereichern glaubt (s. die Stellen in Note 4 bei f), freilich ist es sehr bestritten, in welchem Umfange gerade in diesem Falle ein Rückforderungsrecht begründet ist (s. §. 431 Note 18). S. ferner Note 4 bei d. g. h. Bereicherung durch die Verwendung eines Dritten: daselbst bei e.

desselben auf Erstattung der Bereicherung nicht durch Klage, sondern nur durch Retentionseinrede geschützt[7].

§. 423.

Die auf dem Willen des Benachtheiligten beruhende Bereicherung ist ungerechtfertigt:

1) wenn das Recht diesem Willen seine Anerkennung versagt[1]. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß, wenn das Recht in der Nichtanerkennung des Bereicherungswillens so weit geht, daß es die abgegebene Willenserklärung für nichtig erklärt, durch dieselbe auch eine Bereicherung nur insofern hervorgebracht werden kann, als eine solche schon in der bloßen Bewirkung einer Thatsache liegt[1a], oder der Empfänger das Empfangene hinterher in seinen Nutzen verwendet. Im Uebrigen kommt es auf den Grund, aus welchem das Recht der Willenserklärung seine Anerkennung versagt, nicht an, und namentlich darauf nicht, ob das Recht sich dabei durch das Interesse des Benachtheiligten bestimmen läßt[2],

---

[7] L. 33 D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 D. de doli exc. 44. 4, l. 14 §. 1 l. 29 pr. D. comm. div. 10. 3 (vgl. I §. 190. 195). Man bemerke übrigens, daß sich aus Verwendungen auf fremde Sachen nicht nothwendigerweise eine Bereicherung des Eigenthümers ergibt (§. 421 Note 4), und insoweit der bezeichnete Satz keine Abweichung von der Regel enthält. Aber in l. 33 cit. ist auch von insulam fulcire die Rede, und dadurch wird dem Eigenthümer eine wirkliche Bereicherung zugeführt, weil ihm dadurch eine Ausgabe erspart wird. In den beiden zuletzt genannten Stellen sodann ist von impendere ohne weitere Unterscheidung die Rede, und wenn auch diese Stellen unmittelbar nur die actio communi dividundo ausschließen, so fügt doch jedenfalls die erste ausdrücklich hinzu: „Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo". In Betreff der l. 14 §. 1 cit. vgl. noch §. 449 Note 10.

§. 423. [1] Voigt §. 66. 68. 69. Auch in diesem Falle (vgl. §. 422 Note 5) kann man sagen, daß die Bereicherung ex iniusta causa sei. Vgl. l. 6. D. de don. i. v. e. u. 24. 1: — „quia, quod ex non concessa causa retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intelligitur".

[1a] Z. B in der Verschaffung des Besitzes. Vgl. l. 46. l. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Seuff. Arch. III. 177, XVIII. 113. Vgl. I. §. 82 Note 6 a. E.

[2] Handlungsunfähigkeit: l. 29 l. 41 D. de cond. ind. 12. 6, l. 12 D. de R. C. 12. 1, l. 24 pr. D. de O. et A. 44. 7. Seuff. III 177 2. Fall. Unverbindliche Schenkung: l. 5 §. 6. 7. 18 l. 6 l. 29 §. 1 l. 30 l. 46 l. 55 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. un. §. 5 C. de rei ux. act. 5. 13; l. 21 §. 1 D. de don. 39. 5, l 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4.

oder durch ein Interesse der öffentlichen Ordnung[3]. Unter die letztere Kategorie gehört namentlich der Fall, wo in dem Nehmen des Hingegebenen ein Delict liegt[4], oder ein Verstoß gegen die Sittlichkeit[5].

2. An den zuvor betrachteten Fall schließt sich der Fall an, wo das Recht dem Urheber der Willenserklärung die Befugniß gibt, von der Willenserklärung zurückzutreten, und dieser von der ihm gewährten Befugniß Gebrauch macht[6].

3. Endlich ist die auf dem Willen des Benachtheiligten beruhende Bereicherung auch dann eine ungerechtfertigte, wenn der Wille sich selbst eine Schranke gesetzt hat, und diese in einem gegebenen Fall Platz greift, ohne die Bereicherung ohne Weiteres wieder aufzuheben. Im Einzelnen gehören hierher auflösende Bedingung und Befristung[7], vor Allem aber die Voraussetzung. In Beziehung auf letztere ist hier aus dem, was über dieselbe I §. 97—100 vorgetragen worden ist, an Folgendes zu erinnern.

a) Wer einen Willen unter einer Voraussetzung erklärt, macht zwar nicht die Existenz der gewollten rechtlichen Wirkung von der Wirklichkeit des Vorausgesetzten abhängig; aber dennoch ist es wahr, daß bei Nichtwirklichkeit des Vorausgesetzten das Bestehen der gewollten rechtlichen Wirkung seinem eigentlichen Willen nicht entspricht. Dieser Zwiespalt zwischen dem wirklichen

---

3 Verbotene Zinsen: l. 26 pr. §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, Paul. S. R. II. 14 §. 2. Seuff. Arch. IX. 297. Spielverlust: l. 4 §. 1. 2 D. de aleat. 11. 5, l. 3 C. eod. 3. 43. Uebermäßiges Advokatenhonorar: l. 1 §. 10 D. de extraord. cogn. 50. 13. — S. noch l. 18 pr. D. de R. C. 12. 1.

4 Namentlich furtum. L. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 38 §. 1 D. de solut. 46. 3 (vgl. l. 18 eod., I §. 172 Note 16), l. 43 pr. l. 80 §. 5. 6. 7 D. de furt. 47. 2, l. 14 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. S. ferner l. 7 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5 (vgl. l. 2 C. de his quae vi 2. 20).

5 Die Bereicherung ist dann ex turpi causa. Dig. 12. 5 de condictione ob turpem vel iniustam causam, Cod. 4. 7 de condictione ob turpem causam. L. 1 §. 2 l. 2 pr. §. 1 l. 4 §. 2. 4 l. 9 D. h. t., l. 4. 6. 7 C. h. t., l. 3 §. 3 l. 5 §. 1. 7 pr. D. de calumn. 3. 6. Voigt S. 567—570 und §. 73. Vangerow §. 627. Vgl. §. 428 Note 9.

6 L. 30 D. de m. c. don. 39. 6, l. 10 C. de revoc. don. 8. 56 (§. 367 Note 15), l. 8 C. eod. S. ferner §. 428 Note 7 a. E. und Note 11.

7 L. 5 §. 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. Vgl. I §. 90 Note 1, §. 96 Note 6.

und dem eigentlichen Willen wird eben dadurch ausgeglichen, daß dem Bereicherten die Verpflichtung auferlegt wird, dasjenige, was er hat und fortfährt zu haben, zurückzugeben[8].

b) Die Voraussetzung kann zum Inhalt ein Vergangenes, Gegenwärtiges[9], oder Zukünftiges haben. Unter den Fällen, in welchen sie auf ein Gegenwärtiges gerichtet ist, ist von besonderer Wichtigkeit der Fall, wo sie zum Inhalt das Bestehen einer

---

[8] Die Voraussetzung hat, wie bereits oben (I §. 97 Note 2) bemerkt worden ist, in der römischen Rechtssprache keine feste technische Bezeichnung; aber eine von den mehreren Bezeichnungen, welche sich für dieselbe in den Quellen finden, ist causa (Windscheid S. 50—52). Die Voraussetzung wird causa in einem doppelten Sinne genannt, und zwar spielen beide Sinne vielfach in einander über: einmal, weil in ihr der Bestimmungsgrund der Willenserklärung liegt, nur nicht ein bloßer Beweggrund (welcher ebenfalls als causa bezeichnet wird, Windscheid S. 48—50), sondern eben ein zur Willensbeschränkung erhobener Bestimmungsgrund; sodann deßwegen, weil das Vorausgesetzte nicht ermangeln darf, ohne daß die durch die Willenserklärung hervorgerufene Bereicherung, und insofern die Willenserklärung selbst, eine ungerechtfertigte ist, so daß umgekehrt in der Existenz des Vorausgesetzten der Rechtfertigungsgrund der durch die Willenserklärung hervorgerufenen Bereicherung und der Willenserklärung selbst liegt. Vgl. die bei Windscheid S. 50—55 citirten Stellen. — Gegen den Begriff der „Voraussetzung" hat sich nun auch (vgl. I §. 97 Note 1) Voigt S. 515—523 erklärt, ohne etwas Neues oder zur Sache Dienendes vorzubringen. Denn wenn er behauptet, für diese Kategorie sei nicht das mindeste Bedürfniß vorhanden, und sie sei völlig werthlos, so ist das eben eine Behauptung; wenn er sich darauf beruft, daß nicht Alles, was man im Leben Voraussetzung nenne, eine Selbstbeschränkung des Willens enthalte, so folgt daraus nicht, daß wir nicht die Befugniß haben, für die technisch-juristische Sprache diesen Ausdruck zur Bezeichnung derjenigen Voraussetzungen zu verwerthen, durch welche dem Willen wirklich eine Schranke gezogen wird; wenn Voigt endlich geltend macht, daß die Voraussetzung sehr oft nicht erkannt werden könne, so habe ich nie behauptet, daß einer Voraussetzung, welche nicht in erkennbarer Weise hervorgetreten ist, rechtliche Bedeutung beigelegt werden dürfe. Ueber Voigt's eigene Ansicht, so wie über andere abweichende Ansichten, s. Note 13.

[9] Ist sie auf ein Vergangenes oder Gegenwärtiges gerichtet, so muß sich der Urheber der Willenserklärung nothwendigerweise in einem Irrthum befunden haben; er kann nicht sagen, daß er unter der Voraussetzung der Existenz Desjenigen seinen Willen erklärt habe, dessen Nichtexistenz er kannte. Daher ist seine Leistung hier eine Leistung ex falsa causa. L. 13 §. 1 D. de H. P. 5. 3, l. 23 pr. §. 4 l. 52 D. de cond. ind. 12. 6, l. 26 §. 10 eod.

Schuld hat[10]. Von diesem Fall ist unten näher zu handeln (§. 426). Ebenso ist näher zu handeln von dem Fall, wo die Voraussetzung auf etwas Zukünftiges gerichtet ist (§. 427)[11].

c) Die Voraussetzung kann nicht nur dadurch ermangeln daß das Vorausgesetzte nicht wirklich ist oder wird, sondern auch dadurch, daß es aufhört, wirklich zu sein[12].[13]

---

[10] In diesem Falle ist begründet die condictio indebiti oder indebite dati. Dig. 12. 6 Cod. 4. 5 de condictione indebiti. S. noch §. 414.

[11] In diesem Falle ist begründet die condictio ob causam datorum (Cod. 4. 6) oder causa data causa non secuta (Dig. 12. 4). Ueber den letztern Ausdruck s. Windscheid S. 52, Erxleben II S. 4 Note 9, Pagenstecher Heid. krit. Zeitschr. II S. 60 fg., Witte S. 63 Note 14, Voigt S. 490, und die von diesen Schriftstellern Citirten. Die futura causa wird in unseren Quellen auch als res bezeichnet. L. 52 l. 65 pr. §. 2. 4 D. de cond. ind. 12. 6, l. 1 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5. In den beiden ersten Stellen wird der res die causa im Sinne von bloßem Beweggrund (Bestimmungsgrund, welcher nicht zur Voraussetzung erhoben ist) entgegengesetzt.

[12] In diesem Falle ist die Willenserklärung deßwegen sine causa, weil ihre causa finita ist. L. 1 §. 2 D. de cond. sine causa 12. 7. „Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore". Beispiele in l. 2 D. eod., l. 4 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 11 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1, l. 50 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 11 D. de app. 49. 1, l. ult. C. de solut. 8. 43. Hierher gehört auch der Fall der Verurtheilung im Executivprozeß, wenn der Verurtheilte eine Nachklage auf Grund illiquider Einreden erhebt. Seuff. Arch. X. 108, XIV. 187. Vgl. XVII. 52.

[13] Ueber den Grund, auf welchem die condictio ob falsam causam (Note 9. 10), ob causam non secutam (Note 11), und ob causam finitam (Note 12), beruhen, herrscht keine Uebereinstimmung der Meinungen (vgl. Windscheid S. 208 fg.). Früher war es sehr gewöhnlich, diese Condictionen auf einen fingirten oder präsumirten Vertrag zurückzuführen, s. darüber und dagegen Erxleben I S. 17 fg., II S. 19. 80. 81. Donellus fand den Grund derselben in einem stillschweigenden Vertrag (Erxleben I S. 14 fg., II S. 55 fg.), an dessen Stelle neuerdings Jacobi (in dem §. 421 Note 1 bezeichneten Aufsatz S. 280 fg.) eine stillschweigende einseitige Willenserklärung des Empfängers gesetzt hat; s. gegen den Letztern H. Witte an dem daselbst bezeichneten Ort S. 116 fg. Savigny (Syst. III Beil. VIII Nr. XI Note d, V Beil. XIV Nr. VII) sieht als das in den genannten Condictionen Wirksame den Irrthum im Beweggrunde an, welcher in diesem Falle ausnahmsweise zur rechtlichen Anerkennung gelange. Die hier vertretene Ansicht, daß diese Condictionen auf einer Sebstbeschränkung des Willens beruhen, wird auch von Erxleben und Witte getheilt, obgleich sich diese Schrift-

2. Verpflichtung.

§. 424.

1. Die aus der ungerechtfertigten Bereicherung entstehende Verpflichtung geht einfach auf Herausgabe der Bereicherung; für die Freiheit des richterlichen Ermessens ist hier kein Bedürfniß und kein Spielraum [1]. Bereicherung ist aber nicht bloß die ur=

---

steller gegen die Ausprägung, welche ich der bezeichneten Auffassung in der Lehre von der „Voraussetzung" gegeben habe, ablehnend verhalten. Dagegen wird jene Auffassung auf das Lebhafteste bestritten von Voigt (Note 8). Die eigene Lehre des letztern Schriftstellers geht dahin (s. namentlich §. 21. 23. 26. 27. 31. 59. 60. 62. 63. 64. 70), daß durch die bezeichneten Condictionen geltend gemacht werde der Mangel des „secundären Rechtsgrundes", welcher, hinter der Willenserklärung, als dem „primären Rechtsgrunde", stehend, die Rechtfertigung für die durch den primären Rechtsgrund hervorgerufene Bereicherung enthalte. Da nun aber Voigt selbst mit der größten Bestimmtheit lehrt, daß die Willenserklärung eines solchen weiteren, ihre Wirkung rechtfertigenden, Rechtsgrundes nicht bedürfe, so begreift sich zwar, warum die Bereicherung als eine ungerechtfertigte erscheinen kann, wenn der in einem gegebenen Falle wirklich vorhandene secundäre Rechtsgrund hinterher weggefallen ist, nicht aber, warum sie eine ungerechtfertigte sein soll, wenn ihr ein secundärer Rechtsgrund als ein gegenwärtig oder zukünftig existenter fälschlicherweise untergelegt worden ist. Es wird also doch wohl dasjenige, was sie zu einer ungerechtfertigten wirklich macht, nicht die Nichtexistenz des secundären Rechtsgrundes, sondern die Verbindung sein, in welche sich der Wille selbst zu diesem fälschlicherweise als existent gedachten Rechtsgrund gesetzt hat. Die Nothwendigkeit dieses Schlusses verdeckt sich Voigt dadurch, daß er die falsa causa und die causa non secuta nicht als nicht existent, sondern nur als „vitiös" bezeichnet; ihre Existenz sei eine bloß ideelle, und das sei eben ihr „vitium"! Hierzu kommt, daß nach der Behauptung Voigt's der „secundäre Rechtsgrund" immer eine Obligation sein soll. Die secundäre causa z. B. des Gebens einer arrha liegt nach Voigt in dem pactum arrhale, die secundäre causa des Gebens um einer Gegenleistung willen in dem durch die Gegenleistung sich vollendenden Contract; die arrha wird nach Erfüllung des Vertrages zurückgefordert, weil damit das pactum arrhale aufgehört hat, die Vorleistung bei ausbleibender Gegenleistung, weil nun jener Vertrag nicht zur Vollendung gediehen ist! Arndts (S. 540) hat sich sehr milde ausgedrückt, wenn er sagt, daß die Resultate Voigt's „nicht als befriedigend gerühmt werden" können.

§. 424. [1] Der römische Ausdruck für dieses Verhältniß ist, daß die actio auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung eine actio stricti iudicii, d. h. eine condictio sei. Damit steht nicht im Widerspruch, daß sie auf die natürliche Billigkeit zurückgeführt wird (l. 65 §. 4 l. 66 D. de cond. ind. 12. 6);

sprüngliche Vermögensvermehrung, sondern auch das auf Grund derselben später Erworbene[2]. Hinterheriger Wegfall der Be-

sie ist eben nicht stricti iuris, sondern stricti iudicii. Vgl. I §. 46 Note 4, und über die verschiedenen Ansichten in Betreff der Condictionen im Allgemeinen und deren Verhältniß zu den hier in Frage stehenden Condictionen im Besonderen: Savigny V Beil. XIV, Voigt §. 42, Keller Civilproz. §. 87. 88, Rudorff röm. RGesch. II §. 40. — Ueber die Classificirung der hierher gehörigen Condictionen in der klassischen Jurisprudenz und in der Justinianischen Compilation s. Voigt §. 44. 45. In der klassischen Jurisprudenz findet sich kein festes und zur allgemeinen Anerkennung gelangtes System; die systematische Anordnung in der Justinianischen Compilation ist nicht durchweg befriedigend. Am mangelhaftesten ist die Kategorie der condictio sine causa behandelt (Dig. 12. 7 de condictione sine causa, Cod. 4. 9 de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa). Das Richtige in Betreff dieser Condiction ist Folgendes. Condictio sine causa ist die allgemeine Bezeichnung für jede Condiction wegen grundlosen Habens; aus dieser allgemeinen Condiction sondern sich einzelne besondere Fälle unter besonderen Namen ab (condictio indebiti, ob causam datorum etc.). Will man diesen besonders benannten Condictionen eine condictio sine causa als Species, eine condictio sine causa im engeren Sinne, entgegensetzen, so darf man unter dieser Bezeichnung nur diejenigen Fälle zusammenfassen, in denen sich für die Condiction eine andere feststehende Bezeichnung nicht ergibt. Diese Fälle aber wieder erhalten ihr wahres Licht nur dann, wenn sie nicht als einzelne aufgezählt, sondern, wie hier geschehen, in ihrem systematischen Zusammenhang aufgewiesen werden. Ueber die verschiedenen Auffassungen, welche die condictio sine causa bei den Neueren gefunden hat, s. die Aufsätze von Reinhardt Arch. f. civ. Pr. XXIX. 7 und von Kiesselbach Jahrb. f. Dogm. V. 1; ferner Voigt §. 80, Vangerow III §. 628 Anm., Unterholzner II §. 317, Sintenis §. 109 Anm. 29. — Der Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung konnte übrigens auch mit einer auf bona fides gestellten formula geltend gemacht werden; denn was ist mehr der bona fides entgegen, als eine ungerechtfertigte Bereicherung nicht herausgeben zu wollen? Vgl. z. B. l. 49 D. de neg. gest. 3. 5 (§. 422 Note 4. b, und s. auch f. g. h. daselbst, §. 430 Note 17 gegen das Ende); l. 9 §. 1 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 5 D. de tutelae 27. 3; l. 2 D. de cond. s. c. 12 7, l. 17 §. 3 D. comm. 13. 6; l. 11 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1. Unter Umständen trat auch statt der condictio eine utilis rei vindicatio ein (l. 5 §. 3 D. de R. V. 6. 1, l. 9 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1. l. 30 l. 55 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 30 D. de m. c. don. 39. 6, l. 15 C. de don. ante nupt. 5. 3, l. 1 C. de don. quae sub modo 8. 55, vgl. I §. 174 Note 6), oder eine actio in factum (l 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1, l. 18 §. 1 D. de m. c. don. 39. 6). S. auch l. 12 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5 (§. 422 Note 4. c. d).

[2] L. 7 §. 1 l. 12 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 15. pr. §. 1 l. 65 §. 8 D. de cond. ind. 12. 6, l 38 §. 1. 2. 3 D. de usur. 22. 1, l. 13 pr. D.

reicherung schließt die Verpflichtung aus, wenn der Wegfall ohne Schuld des Bereicherten; nicht aus, wenn der Wegfall mit seiner Schuld eingetreten ist[3]. Daß der Bereicherung auf Seiten des

de m. c. don. 39. 6. Seuff. Arch. XIII. 256. — Wenn es in der l. 1 C. de cond. ind. 4. 5 heißt, daß mit der condictio indebiti, in der l. 4 C. de cond. ob turp. caus. 4. 7, daß mit der condictio ob turpem causam keine Zinsen gefordert werden können, so erklärt sich das lediglich aus der Formelconception. Vgl. Savigny V S. 141 fg., VI S. 147. Seuff. Arch. I. 59, II. 59, XV. 132; a. M. das. X. 55.

[3] Ohne Schuld: l. 32 pr. l. 65 §. 8 l. 26 §. 12 D. de cond. ind. 12. 6. Mit Schuld: l. 65 §. 8 l. 26 §. 12 (vv. *sine fraude*) D. eod., l. 37 §. 1 l. 39 l. 19 i. f D. de m. c. don. 39. 6, l. 38 §. 1 D. de usur. 22. 1. — Damit man sagen könne, die Bereicherung sei mit Schuld des Bereicherten weggefallen, ist erforderlich: a) daß derselbe die Existenz seiner Verpflichtung gekannt, oder (bei der condictio ob causam non secutam und ob causam finitam) gewußt habe, daß eine Verpflichtung für ihn künftig existent werden könne (l. 65 §. 8 D. de cond. ind., l. 39 D. de m. c. don.); b) daß der Wegfall durch seinen Willen oder durch seine Nachlässigkeit eingetreten sei (über Letzteres s. l. 38 §. 1 D. de usur. vv. *licuerat ei negligere fundum*). Aber auch wo diese Voraussetzungen vorhanden sind, trifft den Bereicherten c) eine Schuld dann nicht, wenn er nicht anzunehmen brauchte, daß der Benachtheiligte von seinem Forderungsrecht Gebrauch machen werde, wie dieß z. B. zutrifft bei dem beschenkten Ehegatten (l. 7 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1) und bei dem beschenkten Undankbaren (§. 367 Note 18). — Der Satz, daß schuldloser Wegfall der Bereicherung die Verpflichtung ausschließe, ist nicht allgemein anerkannt. Andere lassen durch diesen Wegfall die Verpflichtung nur dann ausgeschlossen werden, wenn er eine Unmöglichkeit der Erfüllung der Verpflichtung begründe, also nur in dem Falle, wo die Verpflichtung auf Leistung einer individuell bestimmten Sache, nicht aber, wo sie auf Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen gehe. So namentlich Erxleben I S. 182 fg., Witte S. 139 fg. (wo auch weitere Literatur angegeben ist), Voigt S. 319 fg., Mandry Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 232 fg.; dawider Vangerow III §. 625 Anm., Arndts §. 341 Anm. 9, Sintenis §. 109 Anm. 101. Das Hauptargument gegen die bezeichnete Ansicht liegt darin, daß unsere Quellen die Verpflichtung zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung auf eine Forderung der Billigkeit zurückführen (Note 1); ist es aber billig, daß die ungerechtfertigte Bereicherung eine Verpflichtung zur Herausgabe erzeuge, so ist es auch billig, daß diese Verpflichtung nur so lange dauere, wie die Bereicherung selbst. S. auch l. 8 §. 22 D. de transact. 2. 15. Die praktische Bedeutung der hier zurückgewiesenen Ansicht beruht übrigens zum guten Theil auf dem von der herrschenden Meinung aufgestellten Satz, daß in allen Fällen, in welchen die Bereicherung ihren Grund in dem Eigenthumserwerb an einer Quantität vertretbarer Sachen habe, die Verpflichtung des Erwerbers auf Leistung einer gleichen Quantität, nicht auf Leistung der erlangten Sachindividuen ge-

Benachtheiligten ein Verlust gegenübersteht, welcher größer ist, als sie selbst, ist kein Grund der Steigerung der Verpflichtung[4].

2. [5]Verpflichtet ist der Bereicherte; nicht, wenn ihm in der Person eines Andern geleistet worden ist, dieser Andere[6]; es müßte denn in der diesem Andern für ihn gemachten Leistung seinerseits diesem gegenüber eine Schenkung oder eine ungerechtfertigte Bereicherung liegen[7]. Forderungsberechtigt ist der Benachtheiligte; nicht, wenn er durch einen Andern geleistet hat, dieser Andere[8]; es müßte denn auch diejenige Bereicherung eine ungerechtfertigte sein, welche ihm seinerseits

---

richtet sei. Diese Ansicht, welche hauptsächlich auf l. 25 i. f. D. de praescr. verb. 19. 5, l. 7 l. 19 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6 gestützt wird, wird aber, was den Fall einer Getreideleistung angeht, direct widerlegt durch l. 65 §. 9 de cond. ind. 12. 6, und auch was Geldleistungen angeht, mit guten Gründen angefochten von Mandry a. a. O. S. 220 fg. Die Literatur der Frage bei demſ. Note 1; ſ. auch Seuff. Arch. IV. 124. Vgl. noch Mandry S. 232 fg. — Nach denselben Grundsätzen, wie für weggefallene Bereicherung, haftet der Schuldner auch für nicht gezogenen Gewinn. L. 38 pr. D. de usur. 22. 1. Vgl. Seuff. Arch. I. 59, II. 59, XIII. 97.

4 L. 26 §. 12 l. 65 §. 7 D. de cond. ind. 12. 6.

5 Vgl. zum Folgenden: Windscheid S. 93—96 (dazu aber auch §. 355 Note 9), Erxleben I S. 152—182, II S. 507—511, Witte S. 75—84, Voigt S. 358—383. Auch oben §. 355 zu Note 7—13.

6 Arg. l. 12. 13. 19 D. de novat. 46. 2, l. 9 §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 8 §. 2 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 78 §. 5 D. de I. D. 23. 3, l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1, l. 5 § 5 D. de exc. doli 44. 4, l. 2 C. de cond. ind. 4. 5; l. 26 §. 12 i. f. D. de cond. ind. 12. 6; l. 6 §. 1. 2 eod., l. 16 pr. l. 22 pr. D. ratam rem 46. 8, l. 34 pr. l. 59 D. de solut. 46. 3.

7 Arg. l. 2 §. 2. 3 D. de don. 39. 5, l. 7 pr. D. de doli exc. 44. 4; l. 7 §. 1 i. f. D. eod. und arg. l. 2 §. 4 D. de don. 39. 5. — Der Gegensatz wird in den Quellen so ausgedrückt: suum recepit, suum petit, suum negotium gessit, l. 26 §. 12 i. f. D. de cond. ind. 12 6, l. 12 D. de novat. 46. 2, l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4, l. 9 §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Hierher gehört auch l. 44 D. de cond. ind. 12. 6. „Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum sit“.

8 L. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12 4, l. 6 §. 3 l. 47 l. 57 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 6 C. eod. 4. 5, l. 8 §. 3 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 21 §. 1 D. de don. 39. 5, l. 18 §. 1 l. 31 §. 3 D. de m. c. don. 39. 6. L. 7 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 handelt nicht von einem Falle, wo durch die Person eines Andern geleistet worden ist; der dotis promissor verspricht in eigenem Namen. Vgl. auch Erxleben I S. 174; ferner §. 313 Note 6.

durch die von diesem Andern für ihn gemachte Leistung zugegangen ist[9].

§. 425.

In einer durchaus eigenthümlichen Weise hat das römische Recht die Verpflichtung auf Herausgabe einer durch bewußt widerrechtliche Aneignung[1] entstandenen Bereicherung behandelt. Diese Verpflichtung geht nämlich auf mehr, als auf Herausgabe der Bereicherung; sie geht auf vollen Schadensersatz, was sich namentlich in dem Falle von Wirksamkeit erweist, wo der Besitz der widerrechtlich angeeigneten Sache später wieder verloren worden ist[2]. Mit anderen Worten: der aus widerrechtlicher Aneignung entstehende Schadensersatzanspruch wird als Etwas qualificirt, was er nicht ist[3], und daraus werden denn auch Consequenzen gezogen, namentlich die, daß der Anspruch unbedingt auf die Erben übergeht[4].

---

[9] L. 7 §. 1 D. de doli exc. 44. 4 und l. 2 §. 4 D. de don. 39. 5. Nicht so, wenn dieser Andere ihm geschenkt hat, l. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4.

§. 425. [1] Furtum, wenn die Sache eine bewegliche ist; die condictio heißt in diesem Falle condictio ex causa furtiva oder condictio furtiva (§. 422 Note 5). Die gleichen Grundsätze gelten aber auch für die widerrechtliche Aneignung unbeweglicher Sachen, l. 2 D. de cond. trit. 13, 3, l. 25 §. 1 D. de furt. 47. 2.

[2] Der Aneigner haftet in diesem Falle nicht, wie er eigentlich sollte, da er nur um den Besitz reicher geworden ist, auf Ersatz des Werthes des Besitzes, sondern auf Ersatz des Werthes der Sache; l. 7 § 2 l. 8 pr. §. 1 D. h. t. 13. 1. S. ferner l. 3 eod. „Si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in condictionem certum est, quod intersit agentis, veluti si heres sit institutus, et periculum subeat dominus hereditatis perdendae . .“. Die Römer sagen: die condictio furtiva sei condictio rei, nicht possessionis; welcher Satz für sie Bedeutung auch abgesehen von den hier hervorgehobenen Folgen wegen der Geldcondemnation hatte. — Darauf, in welcher Weise der Aneigner den Besitz verloren hat, kommt nichts an, weil er ohne Weiteres in Verzug ist (§. 278 Note 9).

[3] Was die Römer sich auch nicht verbargen. Gai. IV. 4 (§. 14 I. de act. 4. 6): „certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: SI PARET EUM DARE OPORTERE . .; plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut . . rei recipiendae nomine fures ex hac actione etiam teneantur: SI PARET EOS DARE OPORTERE . .“.

[4] L. 5 l. 7 §. 2 l. 9 D. h. t. 13. 1. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß man gerade diesen Gesichtspunkt im Auge hatte, als man gegen den fur eine condictio einführte. Andere Consequenzen: a) es haftet nicht der Sclave nach seiner Freilassung, l. 15 D. h. t. 13. 1 (vgl. l. 1 §. 18 D. dep. 16. 3; b) nach

3. Besondere Fälle.

a. Bereicherung aus einer Leistung, welche zum Zweck der Erfüllung einer irrthümlicher Weise vorausgesetzten Verbindlichkeit gemacht worden ist*.

§. 426.

Ein rechtlich besonders ausgebildeter Fall der wegen ermangelnder Voraussetzung ungerechtfertigten Bereicherung.

1. Es muß zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden sein. Ob gerade dasjenige geleistet worden ist, was man schuldig zu sein glaubte, oder etwas Anderes an Erfüllungsstatt ist gleichgültig[1]. Ebenso ist gleichgültig, ob zum

---

l. 6 D. h. t. 13. 1 haftet nicht der Gehülfe. Dagegen sagt in Betreff dieses letzteren Punktes das Gegentheil l. 53 §. 2 D. de V. S. 50. 16 (vgl. §. 453 Note 5), und ferner tritt die Delictsnatur des Anspruchs hervor in den Sätzen: a) daß von mehreren fures jeder auf das Ganze haftet, l. 1 C. h. t. 4. 8; b) daß aus dem furtum des Sclaven und des Sohnes eine actio noxalis gegen den Herrn und den Vater geht, l. 4 D. h. t. 13. 1. — Es herrscht ein alter Streit darüber, ob die condictio furtiva Delicts- oder Bereicherungsklage sei, vgl. §. 359 Note 18. Nach der hier gegebenen Darstellung ist sie das Eine und das Andere, ihrer wesentlichen Natur nach aber Delictsklage. — Unter den Sätzen, welche sich mit der Delictsnatur der Klage nicht vertragen, darf nicht auch der angeführt werden, daß Herr und Vater aus dem furtum des Sclaven und Sohnes de peculio haften; denn sie haften de peculio nur auf die wirkliche Bereicherung (l. 3 §. 12 D. de pec. 15. 1, l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1), und die Haftung auf die wirkliche Bereicherung sollte gewiß nicht ausgeschlossen werden, als der Satz aufgestellt wurde: „ex poenalibus actionibus non solet in patrem de peculio actio dari“ (l. 58 D. de R. I. 50. 17).

* Dig. 12. 6 Cod. 4. 5 D. de condictione indebiti. — Erxleben (§. 421) 1. Abtheilung. Voigt (§. 421) §. 74. 75. Ferner handelt über die condictio indebiti ein Aufsatz von Renaud Arch. f. civ. Pr. XXIX. 4. 14 (1846), in welchem eine Auffassung, die sich bereits bei Christiansen zur Lehre von der naturalis obligatio und der condictio indebiti (1844) S. 61 fg. findet, daß nämlich die condictio indebiti auf einem Irrthum im Willensinhalt, auf einem von Savigny s. g. unächten Irrthum beruhe, dahin ausgebildet wird, daß das irrthümlicher Weise Geleistete gar nicht in das Eigenthum des Empfängers übergehe (!). S. dawider Erxleben S. 39 fg., Unterholzner II S. 29 fg., Sintenis II S. 526 fg., Vangerow III §. 625. §. 426.

[1] L. 26 §. 4—6 D. h. t. Römer Leistung an Erfüllungsstatt S. 134 fg.

Zweck der Erfüllung einer obligatorischen, oder irgend einer anderen Verbindlichkeit geleistet worden ist[2].

2. Die Verbindlichkeit muß nicht bestanden haben[3]. Es ist gleichgültig, ob sie an und für sich nicht bestanden hat[4], oder ob sie durch Einrede unwirksam war[5]. Dagegen ist das Rückforderungsrecht ausgeschlossen, wenn die Verbindlichkeit auch nur als natürliche bestanden hat[6]; wenigstens ist dieß nur ausnahmsweise nicht wahr[7]. Ausgeschlossen ist das Rückforderungsrecht ferner dann, wenn die künftige Existenz der Verbindlichkeit sicher war[8]. — Dem Fall, wo die Verbindlichkeit gar nicht bestanden hat, steht der Fall gleich, wo sie nicht in der Weise bestanden hat, wie angenommen wurde, etwa für einen anderen Gläubiger[9],

---

[2] Z. B. einer erbrechtlichen, l. 36 D. fam. herc. 10. 2, l. 4 C. de iur. et facti ign. 1. 18; einer dinglichen, s. l. 7 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 3 §. 10 D. si cui plus 35. 3 (vgl. Arndts §. 341 Anm. 2 a. E. und §. 421 Note 11). Vgl. auch Seuff. Arch. XVIII. 224 (wo richtig von einer „irrig vorausgesetzten Erbenqualität" die Rede ist, aber die Entscheidung irrig auf die Annahme eines wesentlichen Irrthums über Eigenschaften des Mitcontrahenten gegründet wird).

[3] L. 54 D. h. t.

[4] L. 23 init. D. h. t., l. 5 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1; l. 57 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 7 D. de her. vel act. vend. 18. 4; l. 37 D. h. t., l. 16 pr. D. de contr. emt. 18. 1; l. 2 §. 1 D. h. t.; l. 25 D. h. t. (vgl. l. 19 §. 4 l. 20. 21 eod.).

[5] L. 26 §. 3. 7 l. 30 l. 32 §. 1 l. 43 D. h. t. — Kein Rückforderungsrecht, wenn der Schuldner geleistet hat, ohne von dem benef. competentiae Gebrauch zu machen (§. 268 Note 7. 11). Ebenso wenig, wenn der Bürge geleistet hat, ohne von dem benef. divisionis oder excussionis Gebrauch zu machen (§. 479 Note 2 a. E., §. 478 Note 1).

[6] L. 64 D. h. t. „Si, quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliquâ teneri actione, tamen repetere non potest, quia naturale agnovit debitum. Ut enim libertas naturali iure continetur, et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est".

[7] In den in §. 289 Nr. 1. 2. 6 bezeichneten Fällen.

[8] Im Fall der befristeten Verbindlichkeit, l. 10 l. 17 l. 56 D. h. t. Vgl. I §. 96 Note 3—5. Doch kann der Schuldner hier das Interusurium zurückfordern. Vgl. Erxleben S. 94—100. A. M. Petzoldt in dem oben §. 274 Note 1 cit. Aufsatz S. 396—397, bes. Note 32. S. auch Savigny IV S. 38. k. — Nicht ausgeschlossen ist das Rückforderungsrecht bei der bedingten Verbindlichkeit, es müßte denn die Erfüllung der Bedingung sicher sein, l. 16. 18. 48. 56 D. h. t.

[9] L. 65 §. 9 D. h. t. „Indebitum est non tantum quod omnino non

oder für einen anderen Schuldner[10], oder mit einem anderen Leistungsinhalt[11], — nur daß natürlich, wenn bloß zuviel geleistet worden ist, auch nur das Zuviel zurückgefordert werden kann[12].

3. Das Bestehen der Verbindlichkeit muß irrthümlicher Weise angenommen worden sein[13]. Und zwar muß der Irrthum, in

debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur . . .". L. 64 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Seuff. Arch. IV. 332.

[10] Die l. 65 §. 9 cit. fährt fort: — „aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat". L. 19 §. 1 eod., l. 38 §. 2 D. de solut. 46. 3, l. 31 pr. D. de H. P. 5. 3. Ueber l. 5 C. eod. 3. 31 und l. 49 D. de neg. gest. 3. 5 f. Vangerow II S. 416 u. III S. 521, Francke Commentar über den Titel de her. pet. S. 322 fg., und die daselbst Citirten. Nicht in Widerspruch steht l. 44 D. h. t. (§. 424 Note 7).

[11] L. 19 §. 3 l. 32 §. 3 D. h. t. Ueber l. 19 D. de leg. II° 31 f. Vangerow II S. 621 Nr. 2.

[12] L. 3 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 30 l. 31 l. 32 pr. l. 26 §. 4—6 D. h. t., l. 10 C. h. t., l. 19 §. 6 D. loc. 19. 2, l. 10 §. 1 D. de compens. 16. 2. Hierher gehört auch der Fall, wo nicht geleistet zu werden brauchte, ohne daß der Empfänger seinerseits etwas leiste (§. 421 Note 12), oder eine Last übernehme, eine dingliche (§. 421 Note 10), oder eine obligatorische (§. 421 Note 11). Ausnahmsweise ist aber ein Rückforderungsrecht nicht begründet, wenn Jemand auf eine fremde Sache, welche er irrthümlicher Weise für die seinige hielt, Verwendungen gemacht, und die Sache herausgegeben hat, ohne sich diese Verwendungen ersetzen zu lassen (Stellen in §. 422 Note 7). In l. 51 D. h. t. heißt es sogar allgemein: „Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea, si solverimus, repetere non possumus". Diese Stelle (von Pomponius) scheint eine ältere Auffassung zu repräsentiren, von welcher die erwähnte Ausnahme ein Ueberbleibsel ist. S. auch l. 21 D. ad SC. Treb. 36. 1 und vgl. über das Ganze Erxleben S. 100 fg.

[13] L. 1 §. 1 D. h. t. „Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio". L. 24 l. 26 §. 2. 3 D. h. t., l. 9 pr. C. h. t., und häufig sonst. S. Voigt §. 67. Wer weiß, daß die Verbindlichkeit, welche er erfüllen zu wollen erklärt, nicht besteht, darf nicht behaupten, daß die wirkliche Absicht seiner Leistung die Erfüllung dieser Verbindlichkeit gewesen sei. Tritt nun eine andere Absicht nicht hervor, so wird man zu sagen haben, daß er habe schenken wollen. Daher l. 53 D. de R. I. 50. 17: „Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est". So auch l. 47 D. de op. lib. 38. 1, l. 7 §. 2 D. pro emt. 41. 4, l. 12 D. de nov. 46. 2. Aber die Schenkungsabsicht ist in einem solchen Falle keineswegs nothwendig. S. namentlich l. 50 D. de sol. 46. 3. „Si, quum aurum tibi promisissem, ignoranti quasi aurum aes solverim, non liberabor; sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod

welchem sich der Leistende befunden hat, ein entschuldbarer gewesen sein, so daß also bei Rechtsirrthum ein Rückforderungsrecht nicht begründet ist, wenn nicht ausnahmsweise die Entschuldbarkeit des Rechtsirrthums nachgewiesen wird[14]. Dem Irrthum steht Zweifel

---

sciens feci". Wenn ferner der bösgläubige Erbschaftsbesitzer Erbschaftsschulden bezahlt, so kann er nicht zurückfordern (l. 31 pr. D. de H. P. 5. 3), und doch hat er gewiß nicht schenken wollen. Vgl. Windscheid Voraussetz. S. 203, Voigt S. 578 fg.

14 Vgl. I §. 79 Note 7. — Es wird in den Quellen in einer Reihe von Stellen mit der größten Bestimmtheit, und als unbezweifelbares Axiom, ausgesprochen, daß bei Rechtsirrthum die condictio indebiti nicht Statt finde. L. 10 l. 6 C. de iur. et facti ign. 1. 18, l. 9 §. 5 D. eod. 22. 6, l. 6. 7 C. h. t., l. 9 C. ad leg. Falc. 6. 50. Andererseits wird die condictio auf Grund eines Rechtsirrthums zugelassen in l. 1 pr. D. ut in poss. leg. 36. 4. Aber wenn man auch nicht annehmen will, daß diese Stelle einen ausnahmsweise entschuldbaren Rechtsirrthum voraussetze, welche Annahme allerdings in ihren Worten keine Unterstützung findet: so kann sie doch als ganz vereinzelte gegenüber jenen zahlreichen und in präcisester Fassung redenden Stellen den eigentlichen und wirklichen Gedanken der Justinianischen Compilation nicht fraglich machen. Noch weniger sind dazu im Stande Stellen, in denen die condictio indebiti auf Grund eines Irrthums gewährt wird, welcher nach der Sachlage als Rechtsirrthum nothwendig oder doch mit Wahrscheinlichkeit zu denken ist, wie z. B. l. 38 l. 64 D. l. 5 C. h. t.; denn da diese Stellen nicht die Absicht haben, sich über die zur condictio indebiti erforderliche Qualität des Irrthums zu äußern, so ist es von ihnen unzweifelhaft, daß sie voraussetzen, der Irrthum sei in dem gegebenen Fall ein entschuldbarer. In l. 25 pr. i. f. D. de prob. 22. 3 wird verlangt: „iusta ignorantiae causa". — Die hier vorgetragene Ansicht darf als die heutzutage herrschende angesehen werden; sie wird vertheidigt namentlich von Savigny III S. 447 fg., Erxleben S. 70 fg., Witte S. 98 fg., Voigt S. 635, Unterholzner II S. 36. 37, Sintenis II §. 109 Anm. 54, Vangerow III §. 625 Nr. II, Puchta §. 309. i, Arndts §. 341 Anm. 6. Andere stellen die Entscheidung nicht auf den Gegensatz zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum, sondern auf den Gegensatz zwischen Rechtsirrthum und factischem Irrthum als solchem, und lassen bei jenem die condictio indebiti unbedingt zu, oder schließen sie unbedingt aus. S. die Literaturangaben bei Vangerow a. a. O., Holzschuher III §. 266 Nr. 6. — Auch in der Praxis macht sich die hier vertretene Ansicht immer mehr geltend, und ist theilweise selbst von solchen obersten Gerichtshöfen angenommen worden, welche früher nach der entgegengesetzten entschieden haben. Dahin gehören die O. A. Gerichte zu Lübeck (Seuff. Arch. XIII. 254, vgl. IV. 55, VII. 53), Dresden (II. 187, vgl. VI. 206 Nr. 2, freilich auch Nr. 1), Jena (V. 291, vgl. VI. 207, VII. 322). Daß Entschuldbarkeit des Irrthums erforderlich sei, erkennt ferner an das OAG. zu

gleich; nur positives Wissen von der Nichtbegründetheit der Verbindlichkeit schließt das Rückforderungsrecht aus [15]. — Weiß der Empfänger, daß die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung ihm geleistet wird, nicht besteht, so macht er sich durch das Nehmen einer Entwendung schuldig, und haftet nach den Grundsätzen des §. 425 [16].

4. Ausnahmsweise fällt das Rückforderungsrecht weg bei den

Wiesbaden (XV. 195. I). Rechtsirrthum weist zurück das OAG. zu Rostock (VII. 52); nur bei den Personen der l. 25 §. 1 D. de probat. läßt ihn zu das OAG. zu Cassel (VIII. 140. 141). So steht das OAG. zu Stuttgart ganz vereinzelt da, welches noch im Jahre 1853 ausgesprochen hat, daß es auf Entschuldbarkeit des Irrthums, wenigstens des thatsächlichen, nicht ankomme. — Uebrigens darf das Erforderniß der Entschuldbarkeit des Irrthums nicht, wie namentlich Savigny thut, darauf gegründet werden, daß hier der Irrthum der Grund des Rückforderungsrechtes sei. Das ist er gewiß nicht; der Irrthum hat hier überhaupt keine positive Bedeutung; er hat nur die negative Bedeutung, daß bei seiner Abwesenheit die erklärte Selbstbeschränkung des Willens sich als nicht wirklich gewollt herausstellt. Deßwegen müßte man, wenn die Frage nur aus der Natur der Sache zu entscheiden wäre, umgekehrt jeden Irrthum, auch den unentschuldbaren, zulassen. Das römische Recht scheint sich zu der entgegengesetzten Entscheidung durch die Rücksicht auf den Gläubiger, welcher auf das Behaltenkönnen des Geleisteten gerechnet hat, haben bestimmen zu lassen. Vielleicht ist die oben genannte l. 1 pr. D. ut in poss. leg. der Ausdruck derjenigen Auffassung, welche hier als der Natur der Sache entsprechend bezeichnet ist. Dahin habe ich mich schon früher ausgesprochen (Voraussetzung S. 206. 207), und der gleichen Ansicht ist auch der neueste Schriftsteller, welcher sich über unsere Frage erklärt hat, v. Salpius Novation und Delegation S. 284 fg., aber mit einer Unterscheidung (in Betreff der historischen Entwicklung) zwischen solutio und promissum einerseits, und indebite promissum und indebiti promissum andererseits, welche ich für willkührlich halte.

15 Nach der Entscheidung Justinian's in l. 11 C. h. t. Vgl. l. 2 pr. D. h. t. und Arndts §. 341 Note 7. Seuff. Arch. IV. 123, VII. 54, XIII. 255.

16 L. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 43 pr. l. 80 §. 6 i. f. D. de furt. 47. 2. Vorausgesetzt wird jedoch Besitzerwerb auf Seiten des Empfängers. L. 43 §. 2 D. de furt. 47. 2. „Si is, qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum, non erit furti actio, cum eo absente solutum sit; caeterum si praesente, alia causa est, et furtum facit". Ueber und gegen die Meinung Francke's (Beiträge Nr. 4), daß Entwendung nur dann vorliege, wenn der Empfänger sich fälschlicherweise für die Person des wirklichen Gläubigers ausgegeben habe, s. Vangerow §. 625 Nr. III und die daselbst Citirten.

Ansprüchen, bei welchen das Leugnen eine Steigerung auf das Doppelte zur Folge hat (§. 263. 2. a)[17].

5. Was den Beweis angeht, so muß der Rückfordernde im Bestreitungsfall beweisen: a) die Leistung; b) die Leistung zum Zweck der Erfüllung der Verbindlichkeit[18]; c) das Nichtbestehen dieser Verbindlichkeit[19]. Von diesem letzteren Satze gibt es jedoch

---

[17] L. 4 C. h. t., §. 7 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 2 C. de compens. 4. 31. Vgl. l. 23 §. 4 D. h. t. Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 290. 467. 469. — Gewöhnlich fügt man hinzu, daß das Rückforderungsrecht auch bei dem Urtheilsanspruch wegfalle. Allerdings wird in den Quellen der Satz, daß, „qui ex causa iudicati solvit, repetere non potest", mehrfach vorgetragen, l. 74 §. 2 D. de iud. 5. 1, l. 36 D. fam. herc. 10. 2, l. 29 §. 5 D. mand. 17. 1, l. 1 C. h. t. Von der anderen Seite steht es aber fest, daß, wenn nach der Leistung Aufhebung des Urtheils auf dem Wege der Appellation erlangt worden ist, das Geleistete allerdings zurückgefordert werden kann, l. 11 D. de appell. 49. 1, und das Gleiche muß für den Fall gelten, wo eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urtheil durchgeführt worden ist. Als wirklicher Sinn der oben genannten Stellen stellt sich daher heraus, daß es nicht erlaubt sein solle, die Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urtheil auf dem Wege der condictio indebiti geltend zu machen; was sich auch vollkommen daraus erklärt, daß nach dem älteren Recht das Unterliegen in dieser Nichtigkeitsbeschwerde die poena dupli nach sich zog (Keller Civilproz. §. 82 Note 983). Im Justinianischen Recht ist diese poena dupli, und damit der Grund jener Vorschrift, weggefallen; dieselbe hängt daher in der Luft. Jedenfalls ist sie nur eine prozessualische, keine civilrechtliche Vorschrift. Deßwegen ist es auch ungerechtfertigt, sie, wie Manche thun, auf den Fall zu übertragen, wo die Leistung auf Grund der irrigen Annahme erfolgt ist, es sei ein Urtheil gefällt worden, welches überhaupt nicht gefällt worden ist. Vgl. über die verschiedenen Auffassungen Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 322 fg., Witte S. 95 fg., und die daselbst Citirten. — Ueber den Satz: „poenae non solent repeti, quum depensae sunt" (l. 42 D h. t., ebenso l. 46 D. de R. I. 50. 17) vgl. einerseits l. 23 §. 4 D. h. t., andererseits l. 3 §. 14 D. de tab. exh. 43. 5 (mit der nämlichen Inscription wie l. 42 cit.), l. 35 D. h. t., l. 1 §. 2 D. de lege Iulia ambitus 48. 14, und die verschiedenen Meinungen bei Glück XIII S. 105 fg., welchem beistimmen Vangerow S. 407, Unterholzner I §. 247. d, II §. 322. g, Puchta §. 309. f, ferner bei Francke Arch. f. civ. Pr. XXII S. 358 und bei Brinz S. 415.

[18] Wenn der Empfänger behauptet, das Geleistete sei ihm z. B. geschenkt worden, so leugnet er, daß ihm zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden sei; die positive Aufstellung, daß ihm geschenkt worden sei, fügt er überflüssiger Weise hinzu.

[19] Nach der positiven Bestimmung der l. 25 D. de prob. 22. 3. Die

Ausnahmen. Der Rückfordernde ist von dem Beweise des Nichtbestehens der vorausgesetzten Verbindlichkeit frei: α) wenn er eine Person ist, zu welcher man sich wohl versehen kann, daß sie

---

Erwägung aus der Natur der Sache führt zu dem gleichen Resultat, und das wird auch allgemein anerkannt. Dagegen wird lebhaft über die Gründe gestritten, durch welche sich der bezeichnete Satz aus der Natur der Sache rechtfertige. Auf der einen Seite wird behauptet (Erxleben II S. 499 fg., Schlesinger Formalcontracte S. 31. 32, Witte Bereicherungsklagen S. 160 fg., nam. S. 172. 173, krit. VJSchr. VI S. 376—379), dieser Satz sei eine unmittelbare Consequenz aus dem Begriff der Voraussetzung; auf der anderen wird gelehrt (Windscheid Vorausset. S. 189 fg., krit. VJSchr. I S. 122 fg., Bähr Anerkennung S. 64 fg., Jahrb. f. Dogm. II S. 306 fg.), daß nach dem Recht der Voraussetzung an und für sich den Empfänger der Beweis der Erfüllung der Voraussetzung treffe, und daß dieß bei der condictio indebiti nur deßwegen anders sei, weil der Leistende durch die Leistung selbst die Erfüllung der Voraussetzung anerkannt habe. Für die letztere Ansicht, welche hier festgehalten wird (vgl. darüber das Nähere §. 429 Note 1), entsteht die fernere Frage, wie der Begriff der Anerkennung näher zu bestimmen sei. Nach meiner Meinung ist dieselbe nicht zu fassen als Meinungsäußerung, sondern als Willenserklärung, näher als Willenserklärung, für das Anerkannte keinen weiteren Beweis fordern zu wollen, also in derselben Weise, wie das römische Recht die (formlose) Quittung und das ausdrückliche Schuldbekenntniß auffaßt (§. 284[a] Note 7). Mit dem letzteren steht sie in der That ganz auf der gleichen Linie, und unterscheidet sich von demselben nur dadurch, daß sie eben nicht ausdrücklich, sondern durch die auf die Bereicherung des Andern gerichtete Willenserklärung abgegeben worden ist, und daher auch nicht weiter reicht, als diese Willenserklärung (die Schuld ist bloß für das durch diese Willenserklärung begründete Rechtsverhältniß anerkannt). Ob für diese Auffassung Bähr als Gewährsmann aufgeführt werden kann, ist, obgleich dieser Schriftsteller der Erste ist, welcher für die condictio indebiti den Begriff der Anerkennung in eingehender Weise (vgl. Puchta kl. Schriften S. 610) verwerthet hat, sehr zweifelhaft. Zwar in seiner Schrift über die Anerkennung (S. 64 fg.) scheint er die in der Leistung liegende Anerkennung als einen Willensact wirklich zu fassen, welcher von dem Willensact der Leistung selbst verschieden ist; wenigstens haben auf Grund dieser Annahme Arndts (krit. Ueberschau IV S. 224 fg.) und Witte (Bereicherungsklagen S. 178, krit. VJSchr. VI S. 389 fg.) gegen ihn polemisirt, und der Letztere wirft ihm geradezu vor, daß er durch seine neuesten Aeußerungen seine frühere Ansicht einfach aufgegeben habe. Diese neuesten Aeußerungen (Jahrb. f. Dogm. II S. 311 fg.) gehen aber dahin, daß er unter Anerkennung die Bethätigung der Ansicht von dem Bestande einer Schuld durch eine dieser Schuld entsprechende Vermögenszuwendung verstehe (S. 314), woneben freilich (S. 317) in dieser Vermögenszuwendung „ein (wenn auch nur negatives) Wollen, den Bestand der Schuld nicht weiter

zahlen werde, ohne schuldig zu sein; β) wenn der Empfänger arglistigerweise den Empfang abgeleugnet hat, und dessen überführt worden ist[20]. Unter allen Umständen aber, auch in diesen Ausnahmefällen[21], muß der Kläger das Nichtbestehen der Verbindlichkeit beweisen, wenn sich die Behauptung des Nichtbestehens der Verbindlichkeit in eine positive Behauptung auflöst[22]. Besondere Grundsätze sodann gelten für den Fall, wo die Leistung in einem Schuldversprechen besteht. Hier ist zu unterscheiden, ob in dem Schuldversprechen der Grund der vorausgesetzten Verbindlichkeit ausgedrückt ist, oder nicht; in dem ersten Fall muß der Versprechende das Nichtbestehen der Verbindlichkeit, in dem zweiten Fall der Gläubiger das Bestehen derselben beweisen[23]. — Der Beweis des Nichtbestehens der vorausgesetzten Verbindlichkeit wird durch den Beweis der (factischen oder juristischen) Nichtexistenz derjenigen Thatsachen erbracht, auf Grund deren das Bestehen der Verbindlichkeit angenommen worden ist[23a]. Dabei ist der Richter regelmäßig auch in der Lage, zu entscheiden, ob es dem Kläger erlaubt war, sich in Betreff dieser Thatsachen in einem

---

in Frage zu ziehen", gefunden wird. — Unvollkommen auch Windscheid krit. VJSchr. I S. 123 unt.; unrichtig ders. Voraussetz. S. 191 fg.

20 L. 25 pr. §. 1 D. de prob. 22. 3. Benfey Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 7; Vangerow §. 625 Anm. 2, Sintenis §. 109 Anm. 57. L. 25 §. 1 cit. „Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agricultor et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens et desidiae deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere, bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas . .". Seuff. Arch. I. 158, VIII. 140. 141.

21 Auch in dem zweiten? Die Frage wird verneint von Benfey a. a. O. S. 207; bejaht von Römer die Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 62 fg., wo auch weitere Literatur angeführt ist.

22 L. 25 §. 2 cit. Hier werden drei Fälle aufgezählt: a) der Kläger behauptet, er sei weniger, als er gezahlt habe, also so und so viel schuldig; b) er beruft sich auf Tilgung der Schuld, oder c) auf eine Einrede.

23 L. 25 §. 4 cit. Ist eine genaue Angabe des Grundes der vorausgesetzten Schuld erforderlich, oder genügt eine allgemeine Bezeichnung? S. darüber §. 284a Note 9, wo auch weitere Literatur über diese, jedenfalls interpolirte, Stelle angegeben ist. — Findet auch in diesem Falle die oben bei α) angegebene Bestimmung Statt? Verneint bei Seuffert Archiv XVIII. 254.

23a Seuff. Arch. VII. 55.

Irrthum zu befinden[24]; hängt die Entschuldbarkeit des Irrthums noch von einer weiteren, nicht feststehenden Thatsache ab, so muß der Kläger auch diese beweisen[25]. Dagegen braucht der Kläger den Beweis des Irrthums selbst nicht zu führen[26].[27]

b. Bereicherung aus einer Leistung, welche unter einer auf die Zukunft gestellten Voraussetzung gemacht worden ist*.

§. 427.

Die auf die Zukunft gestellte Voraussetzung kann zum Gegenstand ein Handeln des Empfängers haben; und dieß ist ein besonders wichtiger Fall, von dem sogleich noch näher gehandelt

---

24 In diesem Sinne heißt es im pr. der l. 25 cit.: — „eum, qui dicit, indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per . . aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum“. Vgl. Seuff. Arch. VII. 322, VIII. 142, XV. 195. I.

25 Der Kläger beruft sich z. B. darauf, daß der Rechtsirrthum, in welchem er sich befunden habe, ausnahmsweise gerechtfertigt gewesen sei.

26 D. h. er braucht nicht zu beweisen, daß sein Wille wirklich darauf gerichtet gewesen sei, eine Verbindlichkeit zu erfüllen. Daß sein Wille hierauf gerichtet sei, hat er erklärt, und er kann verlangen, daß bei seiner Erklärung, welche der Gegner als solche hingenommen hat, stehen geblieben werde, bis der Gegner die Unrichtigkeit derselben nachgewiesen hat. Seuff. Arch. VII. 56, X. 56, XIII. 255, XV. 195. II. 2. 3, XVII. 248. A. M. Schlesinger Formalcontrakte S. 204, welcher vom Kläger dafür, daß er in der That keinen anderen Willen gehabt habe, „einigen Nachweis“ verlangt. A. M. ferner Röder Abhandlungen über prakt. Fragen des Civilrechts Nr. 2, Römer die Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 55 fg., Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 4. S. auch Witte S. 180. 162, Sintenis §. 109 Note 57 und Holzschuher III §. 266 Nr. 11 1. Hälfte. Man wird wohl thun, sich in Betreff dieser Frage eine Unterscheidung recht scharf zum Bewußtsein zu bringen, deren Beachtung geeignet ist, viel unnöthigen Streit abzuschneiden: der Zurückfordernde braucht nicht das behauptete Irren zu beweisen; aber er muß den Richter davon überzeugen, daß das von ihm behauptete Irren entschuldbar war (Note 24. 25), und indem er dieß thut, macht er freilich auch die Thatsache des Irrens selbst glaublich.

27 Die hier aus der Natur der Sache entwickelten Grundsätze — also nicht die positiven Vorschriften der l. 25 D. de prob. — müssen in jedem anderen Falle zur Anwendung kommen, wo zurückgefordert wird wegen Ermangelung einer auf die Gegenwart oder Vergangenheit gestellten Voraussetzung: d. h. der Kläger muß die Ermangelung der Voraussetzung beweisen, nicht aber auch, daß er irrthümlicher Weise ihr Erfülltsein angenommen habe.

werden wird (§. 428); aber es ist nicht der einzig mögliche[1]. Folgende andere in den Quellen erwähnte Fälle gehören hierher.

Leistung unter der Voraussetzung, daß für den Leistenden künftig eine Verbindlichkeit werde begründet werden[2].

Leistung unter der Voraussetzung, daß[3] durch die Leistung eine Verbindlichkeit des Leistenden werde getilgt werden, entweder sofort[4], oder unter Mitwirkung eines später eintretenden Ereignisses[5].

---

§. 427. * Dig. 12. 4 de condictione causa data causa non secuta. Cod. 4. 6 de condictione ob causam datorum. — C. G. Wächter doctrina de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis (1822). Erxleben (§. 421) 2. Abtheilung. Voigt (§. 421) §. 76. 78. 79. Unterholzner II S. 40 fg., Sintenis II S. 531 fg., Vangerow III §. 626.

1 Früher war die durchaus herrschende Auffassung, die condictio c. d. c. n. s. zu denken als Klage auf Rückforderung des um einer Gegenleistung willen Geleisteten, und sie daher in die Lehre von den s. g. Innominatcontracten zu stellen. Die erste Schrift, in welcher sich eine bewußte Unterscheidung der Innominatcontracte und der übrigen Fälle der Leistung ob causam futuram findet, ist die von Wächter. Erxleben S. 32. — Ueber die verschiedenen Ansichten, welche in Betreff des Grundes der condictio c. d. c. n. s. aufgestellt worden sind, s. §. 423 Note 13, und füge hinzu Erxleben S. 30 fg.

2 Z. B. Vorausbezahlung des Miethgeldes; hinterher wird dem Vermiether die Gewährung des Gebrauchs ohne seine Schuld unmöglich. L. 9 §. 4 l. 19 §. 6 l. 30 §. 1 l. 33 D. loc. 19. 2. Ferner gehört hierher der Fall der Ausstellung eines Empfangsbekenntnisses in Erwartung eines Darlehns. L. 7 C. de non num. pec. 4. 30, l. 3 C. de post. 2. 6, l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9. Vgl. §. 372, aber auch Voigt §. 48 a. E. S. ferner l. 23 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Vielleicht ist hierher auch l. 15 D. h. t. zu stellen. Erxleben S. 186; vgl. Voigt S. 701.

3 Vgl. zum Folgenden Erxleben §. 11.

4 Beispiele: ein Schuldner leistet einen zur Erfüllung untauglichen Gegenstand, l. 38 §. 3 D. de sol. 46. 3. Ein Schuldner leistet einem Andern, als dem wahren Gläubiger, in der falschen Meinung, die Leistung an denselben sei dem Willen des Gläubigers gemäß; er hat ein Rückforderungsrecht, wenn nicht durch die nachträgliche Genehmigung des Gläubigers der Leistung dennoch die Erfüllung ihres Zwecks verschafft wird. L. 14 D. h. t., l. 58 pr. §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 80 §. 7 D. de furt. 47. 2, l. 8 C. de cond. ind. 4. 5 (in den beiden letzten Stellen wird das Geleistete ungenau als indebitum bezeichnet), l. 22 pr. D. eod. 12. 6. Weiß der Empfänger, daß er nicht für den Gläubiger annehmen darf, so macht er sich einer Entwendung (furtum) schuldig, und haftet nach den Grundsätzen derselben (§. 425). L. 14 D. h. t., l. 80

Leistung unter der Voraussetzung, daß durch die Leistung für den Leistenden ein Forderungsrecht werde begründet werden, entweder sofort[6], oder unter Mitwirkung eines später eintretenden Ereignisses[7].

Leistung unter der Voraussetzung eines sonstigen Rechts-

---

§. 5—7 D. de furt. 47. 2, l. 44 D. eod., l. 18 l. 38 §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 3 §. 12 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (vgl. I §. 172 Note 16). (In l. 18 D. de sol. 46. 3 und l. 80 §. 6 D. de furt. 47. 2 wird hervorgehoben, daß der falsus procurator eben auch nur dann ein furtum begehe, wenn er die Absicht habe, das Empfangene zu unterschlagen, vgl. l. 8 C. de cond. ind. 4. 5; in l. 43 §. 1 D. de furt. 47. 2 aber wird eine Meinung referirt, nach welcher der procurator auch in diesem Fall ein furtum bloß unter der Voraussetzung begehen soll, daß ihm in der Absicht, nicht ihn, sondern den Gläubiger zum Eigenthümer zu machen, gegeben worden sei.)

[5] Beispiele: ein Schuldner leistet einem Andern, als dem Gläubiger, in der Erwartung, daß der Gläubiger diese Leistung genehmigen werde, l. 14 D. h. t., l. 14 pr. l. 58 pr. D. de solut. 46. 3, l. 16 pr. l. 22 pr. §. 1 l. 25 §. 1 D. ratam rem 46. 8, l. 41 §. 11 D. de leg. III° 32. Vgl. auch l. 34 §. 6 D. de sol. 46. 3. Ferner gehört hierher folgender Fall: der Schuldner in einer alternativen Obligation leistet einen Theil des einen der beiden geschuldeten Gegenstände; dadurch wird der Schuldner nicht theilweise befreit; dagegen ist er ganz befreit, wenn er hinterher den anderen Theil dazu leistet; thut er dieß nicht, sondern leistet er den anderen Gegenstand, so kann er den geleisteten Theil zurückfordern. Ebenso bei theilweiser Leistung auf Grund einer generischen Obligation. L. 26 §. 13. 14 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 34 pr. D. de solut. 46. 3. Vgl. §. 255 Note 7. — In l. 26 §. 13 cit. heißt es übrigens: — „si autem Stichum praestitisset (das andere Ganze), quinque eum posse condicere quasi indebita; ebenso l. 34. pr. cit. Es scheint also hier der Gesichtspunkt angelegt zu werden, daß, nachdem die Obligation sich durch die vollständige Leistung auf einen der mehreren möglichen Gegenstände concentrirt habe (§. 255 Note 7), der andere aus der Obligation ganz ausgeschieden sei, und sich demgemäß als ein unverschuldeter herausstelle. Hiernach müßte also das Rückforderungsrecht als ein Rückforderungsrecht ob causam finitam gefaßt werden. Von der andern Seite kann man aber doch nicht sagen, daß der geleistete Theil debite geleistet worden sei, eben weil nur ein Theil geleistet worden ist, und sonach ist das eigentliche Verhältniß denn doch das, daß geleistet worden ist in der Erwartung, es werde durch ein künftiges Ereigniß sich die gemachte Leistung als zur Befreiung dienend ausweisen. Eine Ungenauigkeit des Ausdrucks, wie die bezeichnete, findet sich auch sonst in unserer Lehre, s. Note 4. 10.

[6] L. 32 D. de R. C. 12. 1 (welche Stelle I §. 98 Note 1 Zeile 18 v. ob. an die Stelle der daselbst citirten l. 9 §. 4—7 eod. zu setzen ist).

[7] L. 46 pr. D. de I. D. 23. 3.

erwerbes. Ein besonders wichtiger Fall, welcher hierher gehört[8], ist der der Leistung, um der Bedingung einer letztwilligen Zuwendung zu genügen[9]; die Voraussetzung ist hier, daß die Zuwendung werde erworben werden[10], und gerade durch die Leistung werde erworben werden[11].

Bestellung einer Dos vor Abschluß der Ehe; die Voraussetzung ist hier, daß eine Ehe zu Stande kommen werde[12].

Schenkung unter Brautleuten. Auch sie gilt als gemacht unter der Voraussetzung, daß eine Ehe zu Stande kommen werde. Jedoch hat derjenige, durch dessen Schuld die Ehe nicht zu Stande kommt, kein Rückforderungsrecht, und wenn der Abschluß der Ehe durch den Tod einer Partei gehindert wird, ist das Rückforderungsrecht des Bräutigams kein unbedingtes[13].

---

[8] Ein anderer hierher gehöriger Fall ist der, wo die Collation vor Antritt der Erbschaft gemacht wird. L. 13 D. h. t., l. 3 §. 5 D. de coll. bon. 37. 6. Die Voraussetzung darf hier nicht etwa als auf die künftige Entstehung einer Verbindlichkeit gestellt gedacht werden; denn eine Verbindlichkeit zur Collation entsteht für den Erben auch durch den Antritt der Erbschaft nicht; sondern das Verhältniß ist das, daß, wenn er nicht conferirt, er die Erbschaftsrechte nicht geltend machen kann. L. 3 pr. l. 1 §. 10. 13 D. de coll. bon. 37. 6. Fein Collation S. 293 fg.

[9] Conditionis implendae gratia, conditioni parendi gratia. Erxleben §. 12.

[10] Aus welchem Grunde sie nicht erworben wird, ist für den Ausfall der Voraussetzung gleichgültig. Es kann sein, daß die Verfügung des Erblassers ungültig oder wiederaufgehoben ist, oder nie bestanden hat (l. 53 l. 65 §. 3 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 D. h. t., l. 26 D. de inoff. 5. 2); es kann sein, daß der Leistende erwerbunfähig ist, oder daß er später anderen Sinnes wird und die letztwillige Zuwendung ausschlägt (l. 1 §. 1 D. h. t., l. 65 §. 3 D. de cond. ind. 12. 6). Unter die Fälle, wo die Verfügung des Erblassers ungültig ist, gehört auch der, wo der Bedachte das ihm Zugewandte bereits hat, l. 67 pr. D. de cond. ind. 12. 6. (Wenn es hier heißt: „an pecuniam .. ut indebitam datam repetere ... possit“?, so ist das, wie in den in Note 4 und 5 genannten Stellen, lediglich ein ungenauer Ausdruck).

[11] Daher steht ein Rückforderungsrecht zu, wenn sich herausstellt, daß die Bedingung gar nicht aufgelegt, oder hinterher wieder erlassen war. L. 3 §. 6. 7 D. h. t. S. auch l. 34 D. de cond. ind. 12. 6, dazu aber auch l. 44 §. 5 D. de cond. 35. 1.

[12] L. 7 §. 3 — l. 9 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 59 §. 2 l. 74 D. eod., l. 6—9 pr. l. 10 D. h. t., l. 5 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 10 D. de spons. 23. 1, l. 17 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 7 C. de interd. matrim. 5. 6. Erxleben §. 8.

[13] Es geht „osculo interveniente“ nur auf die Hälfte. Ueber Beides

Schenkung auf Todesfall. Ihre Voraussetzung[14] ist, daß der Schenker den Beschenkten, oder, wenn sie mit Rücksicht auf eine vorhandene oder bevorstehende Lebensgefahr gemacht wird, daß er diese nicht überlebe[15].

§. 428.

Wenn die Voraussetzung der Leistung durch eine von dem Empfänger vorzunehmende Handlung gebildet wird (§. 427), so kann sie näher gerichtet sein: 1) darauf, daß der Empfänger das Empfangene in gewisser Weise verwende[1], oder sich in Beziehung auf dasselbe in gewisser Weise verhalte[2]; oder 2) darauf, daß er seinerseits eine Leistung mache. In diesem letzteren Falle ist wieder entweder möglich, daß die von ihm zu beschaffende Leistung sich als Auflage auf eine Schenkung darstellt[3], oder daß sie im Sinne des Vertrages Aequivalent für das ihm Geleistete ist[4]. In allen diesen Fällen aber hat der Leistende außer dem Rückforderungsrecht wegen Ausbleibens der vorausgesetzten Handlung auch ein Forderungsrecht auf Vollziehung dieser Handlung aus dem

---

s. l. 15. 16 C. de don. ante nupt. 5. 3; über das ältere Recht l. 2. 10. 11 C. eod., l. 1 §. 1 D. de don. 39. 5, Vat. fr. §. 262. Windscheid S. 29. 109, Erxleben S. 152—157; über das „osculum" s. noch Glück XXIV S. 396 fg., Spangenberg Arch. f. civ. Pr. XII. 14, Klenze Zeitschr. f. gesch. RW. VI S. 72. Vgl. Seuff. Arch. IV. 233, XVII. 59.

14 Sie kann aber auch unter einer aufschiebenden Bedingung gemacht werden. S. §. 369 Note 2.

15 L. 12 D. h. t., l. 35 §. 3 D. de m. c. don. 39. 6, l. 19 pr. D. de R. C. 12. 1. — Schenkung unter der Voraussetzung des früheren Ablebens einer dritten Person; l. 18 l. 11 D. de m. c. don. 39. 6, l. 3 C. eod. 8. 57. Erxleben §. 9, Voigt S. 724—731.

1 L. 11 D. h. t., l. 53 D. de cond. ind. 12. 6, l. 5 §. 9 l. 9 pr. D. de I. D. 23, 3, l. 2 §. 7 D. de don. 39. 5. §. 428.

2 Z. B. das Empfangene nicht veräußere (l. 3 C. h. t.), oder nach gewisser Zeit weiter gebe (l. 49 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55). Vgl. auch Seuff. Arch. V. 7.

3 L. 3 D. de don. 39. 5, l. 8 C. h. t., l. 2 C. eod., l. 1 C. de don. quae sub modo 8. 55. Vgl. Seuff. Arch. XVI. 103.

4 Beispiele aus den Quellen: es wird etwas gegeben, damit ein Sclave freigelassen werde, l. 1 pr. l. 3 §. 2. 3. 5 D. h. t., l. 5 §. 2 l. 7 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 19 pr. D. de R. C. 12. 1, l. 6. 9 C. h. t.; damit ein Sclave nicht freigelassen werde, l. 3 §. 1 D. h. t.; ut filius emancipetur, l. 1 pr.

abgeschlossenen Vertrag[5], ohne daß das letztere Recht das erstere ausschlösse[6]. Nur in dem Falle ist das Rückforderungsrecht allerdings ausgeschlossen, wo die Leistung aufgefaßt werden muß als erfolgt auf Grund eines vorgängigen gegenseitigen Vertrags[7]. Und ferner ist im Falle einer Vermögenszuwendung mit der Auflage einer Herausgabe an einen Dritten das Rückforderungsrecht ausgeschlossen durch das diesem Dritten auf die Herausgabe erworbene Forderungsrecht[8]. —

Das Rückforderungsrecht wegen Ausbleibens der vorausgesetzten Handlung findet nicht Statt, wenn den Geber bei dem Geschäfte der Vorwurf des Unerlaubten trifft[9]. Die Frage, inwiefern es auch dann nicht Statt findet, wenn die vorausgesetzte

---

D. h. t.; ut procurator sit, l. 5 C. h. t., vgl. l. 11 C. h. t.; ut Capuam eas, l. 5 pr. D. h. t.; ut a lite discedatur, ne ad iudicem iretur, l. 1 pr. l. 3 pr. D. h. t.; ut tabulam pingas, l. 5 §. 2 D. de praescr. verb. 19. 5; Geben einer Sache, damit eine andere gegeben werde (Tausch), l. 5 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1 §. ult. D. de rer. perm. 19. 4, l. 5. 7 C. eod. 4. 64; Erlaß gegen Stellung eines andern Schuldners, l. 4 D. h. t., l. 8 §. 8 D. ad SC. Vell. 16. 1. S. noch l. 16 D. l. 4 C. h. t., l. 65 §. 4 D. de cond. ind. 12. 6.

5 Wer etwas nimmt, was ihm unter der erkennbar hervortretenden Voraussetzung einer seinerseits vorzunehmenden Handlung gegeben wird, verspricht im Nehmen die Vornahme dieser Handlung; er bringt durch das Nehmen einen (unbenannten) Realvertrag zu Stande, und begründet gegen sich nach römischem Recht eine actio praescriptis verbis (§. 312 Note 4). L. 5 §. 1. 2 l. 7 l. 9 l. 26 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 4. 5 C. de rer. perm. 4. 64; l. 9. 22 C. de don. 8. 54, l. 28 D. eod. 39. 5, l. 8 C. de rer. perm. 4. 64, l. 3 C. de contr. emt. 4. 38.

6 S. I §. 99 Note 1.

7 In diesem Falle ist die Voraussetzung der Leistung nicht die Vornahme der Gegenleistung, sondern die durch den gegenseitigen Vertrag übernommene Verpflichtung. Es müßte denn der gegenseitige Vertrag ungültig sein, und in Kenntniß seiner Ungültigkeit geleistet worden sein, Windscheid S. 164. Vgl. Seuff. Arch. II. 58. Aus diesem Grunde war bei den Römern die condictio c. d. c. n. s. nur bei denjenigen gegenseitigen Verträgen ausgeschlossen, welche von der Form entbunden waren. S. die in Note 4 genannten Stellen, und vgl. §. 321 Nr. 2; hinzuzufügen: Brinz Pand. S. 410. 443, Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 6 fg. A. a. O. auch von dem nach römischem Recht bei den unbenannten Realverträgen zustehenden freien Rücktrittsrecht.

8 S. l. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55 und §. 316 Note 5. 15—16.

9 L. 4 §. 3 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5.

Handlung dem Empfänger unmöglich ist oder wird, ist bereits I §. 100 Abs. 2 beantwortet worden[10].

Auf der andern Seite findet ein Rückforderungsrecht trotz des Nichtausbleibens der vorausgesetzten Handlung Statt, wenn der Vorwurf des Unerlaubten den Empfänger trifft[11]. Gereicht das abgeschlossene Geschäft in keiner Weise zum Interesse des Empfängers, ist dieser vielmehr nur als Werkzeug zu einer im Interesse des Gebers liegenden Verwendung oder Weitergabe des Gegebenen benützt worden, so hat der Geber ein Rückforderungsrecht zwar nicht, wenn die vorausgesetzte Handlung vorgenommen worden ist, wohl aber, ehe sie vorgenommen worden ist[12].

§. 429.

Was den Beweis angeht, so muß auch hier (§. 426 Note 5) der Rückfordernde beweisen: a) die Leistung; b) die behauptete Voraussetzung. Dagegen braucht er c) nicht zu beweisen die Nichterfüllung der Voraussetzung; der Empfänger muß, wenn er behalten will, seinerseits die Erfüllung der Voraussetzung darthun[1].

---

[10] Vgl. auch Holzschuher III §. 265 Nr. 1.

[11] S. §. 423 Note 5. — Trifft der Vorwurf den Geber und den Empfänger zu gleicher Zeit, so bleibt es zwar dabei, daß der Geber nicht zurückfordern kann; dagegen kann auch der Empfänger auf Grund des ihm eingeräumten Rechts keinen Anspruch gegen den Geber erheben. L. 3 (vgl. l. 2 §. 2) l. 4 pr. §. 1 l. 8 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 2. 5 C. eod. 4. 7, l. 5 pr. D. de cond. s. c. 12. 7, l. 3 §. 3 l. 5 §. 1 D. de calumn. 3. 6, l. 134 pr. D. de V. O. 45. 1. Voigt S. 567—570 und §. 73. Zu l. 5 D. de cond. s. c. 12. 7 s. noch Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 91 fg. Seuff. Arch. I. 195, II. 19, IV. 231, VIII. 25. 119, XIII. 257, XVIII. 225.

[12] L. 5 §. 1. 2 D. h. t., l. 27 §. 1 D. mand. 17. 1. Vgl. l. 11 §. 8 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

[1] So: Heffter zu Weber Beweisführung S. 237, Windscheid Vor- §. 439.
aussetzung S. 189 fg. u. krit. VJSchr. I S. 122 fg., Bähr Anerkennung S. 64 fg. (welchem zustimmt Arndts krit. Ueberschau IV S. 223 unten), Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast S. 125 fg., Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 254 fg., Wetzell Civilproz. §. 15 Note 17. Entgegengesetzter Meinung sind: Bethmann-Hollweg Versuche S. 341, Erxleben S. 499 fg., Witte Bereicherungsklagen S. 169 fg. u. krit. VJSchr. VI S. 376—379, Schlesinger Formalcontracte S. 209 fg. Man bemerke über diese schwierige Frage Folgendes.

B. Freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten*.

§. 430.

Die Thatsache, daß Jemand in fremden Angelegenheiten thätig wird, erzeugt Verpflichtungen für ihn, wie für denjenigen,

---

1) So lange die Erfüllung oder Nichterfüllung der Voraussetzung noch unentschieden ist, ist ein Rückforderungsrecht nicht begründet, und wenn daher der Beklagte sich darauf beruft, daß die Unentschiedenheit noch fortdauere, während der Kläger behauptet, die Entscheidung sei bereits eingetreten, so muß der Kläger ohne allen Zweifel den Beweis führen. 2) Sind die Parteien darüber einverstanden, daß die Entscheidung eingetreten ist, und divergiren ihre Behauptungen nur in Betreff der Richtung, nach welcher sie eingetreten sei, so hängt, wenn man zunächst auf innere Gründe sieht, die Vertheilung der Beweislast davon ab, wie man das Verhältniß der Voraussetzung zur Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt ist, auffaßt. Sagt man, die Voraussetzung bilde dieser Willenserklärung gegenüber eine zweite für sich bestehende Willenserklärung, durch welche für einen gewissen Fall die Pflicht zur Zurückgabe begründet werde (nach Art der auflösenden Bedingung), so muß der Kläger das Eintreten dieses Falls beweisen; sagt man, sie sei ein der Willenserklärung inhärirendes Moment, durch welche der definitive Bestand der gewollten Vermögenszuwendung von einer gewissen Gestaltung der Zukunft abhängig gemacht werde (nach Art der aufschiebenden Bedingung), so muß der Beklagte beweisen, daß diese Gestaltung eingetreten sei. Ich bleibe dabei stehen, daß die letztere Auffassung dem Wesen der Voraussetzung entsprechender ist, als die erstere. In ähnlicher Weise rechtfertigen Gerber und Maxen die Beweislast des Beklagten (im Einzelnen noch unter sich abweichend), obgleich sie die causa nicht als Voraussetzung, sondern, in der Weise Voigt's, als objectiven Rechtfertigungsgrund fassen. Witte beruft sich gegen mich darauf, daß „der Wille als solcher Rechtsgrund sein könne, die Leistung also nicht erst durch den Eintritt des zukünftigen Ereignisses eine causa erhalte" (VJSchr. S. 378). Aber es handelt sich hier ja nicht von dem Willen als solchem, sondern von dem an eine Voraussetzung gebundenen Willen. Witte hat causa als Bestimmungsgrund (§. 318 Nr. 2) und causa als Voraussetzung (§. 318 Nr. 3) verwechselt. 3) Was die Quellenäußerungen angeht, so dürfen der hier vertheidigten Ansicht keine Schwierigkeit solche Stellen machen, welche, wie z. B. l. 19 pr. D. de R. C. 12. 1 und l. 58 pr. D. de solut. 46. 3, sagen, daß erst causa non secuta ein Forderungsrecht entstehe. Diese Stellen wollen nichts, als hervorheben, daß bei Dauer der Ungewißheit ein Forderungsrecht noch nicht bestehe. In l. 1 pr. D. h. t. heißt es denn auch umgekehrt: „causa secuta repetitio cessat"; vgl. auch l. 3 §. 3 eod. Dagegen will ich eine Stelle nicht verschweigen, auf welche ich erst später aufmerksam geworden bin, und

in dessen Angelegenheiten er thätig wird, auch ohne daß ein Auftrag oder ein sonstiges Verpflichtungsverhältniß zwischen ihm

---

welche allerdings nicht unbedenklich ist. L. 26 D. de m. c. don. 39. 6. „Si, qui invicem sibi mortis causa donaverunt, pariter decesserunt, neutrius heres repetet, quia neuter alteri supervixit". Daß in dieser Stelle nicht von Solchen die Rede ist, deren gleichzeitiger Tod feststeht, sondern von Solchen, die in einer gemeinschaftlichen Gefahr umgekommen sind (I. §. 53 a. E.), darf mit Fug nicht bestritten werden (vgl. l. 9 §. 2. 3. 4 D. de reb. dub. 34. 5, l. 18 pr. eod., l. 32 §. 14 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 34 D. ad SC. Treb. 36. 1). Dann aber besteht, so weit ich sehe, mit dieser Stelle die hier vertretene Auffassung nur dann, wenn man als die Auffassung des römischen Rechts annimmt, daß Personen, welche in einer gemeinschaftlichen Gefahr umgekommen sind, als gleichzeitig gestorben rechtlich zu gelten haben, wofern nicht der frühere Tod der einen bewiesen werden kann. 4) Das Recht der querela non numeratae pecuniae in dieser Streitfrage verwerthen zu wollen, halte ich bei der Eigenthümlichkeit, und zum Theil Dunkelheit dieses Rechts, für äußerst bedenklich. 5) Unter allen Umständen muß m. E. dem Beklagten die Beweislast dann auferlegt werden, wenn gegen ihn ein Forderungsrecht auf Erfüllung des Vorausgesetzten begründet ist. Wenn das römische Recht auf Grund der actio praescriptis verbis dem Empfänger die Befugniß zugesprochen hat, bei schuldloser Unmöglichkeit der Erfüllung das Empfangene zu behalten (I §. 100 Note 6), so wäre es wenig in seinem Sinne gehandelt, wenn man nicht auch die Beweislast bei der condictio c. d. c. n. s. nach dem Recht der actio praescriptis verbis regeln wollte. So auch (jedoch mit Ausschluß der donatio sub modo) Bethmann-Hollweg Versuche S. 342. 6) Wenn Erxleben und Witte geleisteten Forderungsrechten gegenüber eine verschiedene Behandlung wollen eintreten lassen, je nachdem dieselben wegen mangelnder Voraussetzung zurückgefordert werden (wo nach der Regel der Kläger beweisen soll), oder die Ermangelung der Voraussetzung durch Einrede geltend gemacht wird (in welchem Falle den Empfänger die Beweislast treffen soll), so halte ich diese Unterscheidung für nicht gerechtfertigt. Dawider auch Schlesinger a. a. O. S. 213.

* Dig. 3. 5 Cod. 2. 19 de negotiis gestis. — Kritz Pandektenrecht I. 1 S. 348—428 (1835). Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII. 3. 4. 8 (1835). Wächter Beiträge zur Lehre von der Negotiorum Gestio, Arch. f. civ. Pr. XX. 11 (1837). Chambon die Negotiorum Gestio (1848). Ruhstrat Beiträge zur Lehre von der Negotiorum Gestio, Arch. f. civ. Pr. XXXII. 7, XXXIII. 2. 9, XXXIV. 3 (1849. 1850. 1851). Dankwardt die Negotiorum Gestio (1855). Brinkmann Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander (1855). Leist civilistische Studien II S. 103—164 (1855). Köllner die Grundzüge der Obligatio Negotiorum Gestorum (1856). Ruhstrat über negotiorum gestio (1858). Witte die Bereicherungsklagen des römischen Rechts S. 6—40 (1859). Aarons Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio. Erste Abtheilung (1860). Jacobi Jahrb. f. §. 430.

und dem Geschäftsherrn vorhanden ist[1]. Der Inhalt dieser Verpflichtungen[2] steht unter freiem richterlichen Ermessen[3]; die Hauptpunkte sind folgende.

1. Der Geschäftsführer ist verpflichtet[4]: a) bei seiner Geschäftsführung die Sorgfalt eines guten Hausvaters aufzuwenden[5]. In Ausnahmefällen haftet der Geschäftsführer nur

---

Dogm. IV S. 215 fg. 293 fg.(1861). Glück V S.318—385; Unterholzner II S. 600—611, Sintenis II §. 114, Vangerow III §. 664—667.

[1] Ein sonstiges Verpflichtungsverhältniß: Vormundschaft oder Amt, wovon unter C und D (§. 432 fg.) die Rede sein wird. — Die technische Bezeichnung des römischen Rechts für die nicht auf Grund eines Verpflichtungsverhältnisses eintretende Thätigkeit in fremden Angelegenheiten ist: negotia aliena gerere, negotiorum gestio. Derjenige, für welchen der negotiorum gestor thätig wird, heißt der dominus negotiorum. — Man hat sich vielfach bemüht, den Begriff der „fremden Angelegenheiten", das „negotium alienum" näher zu bestimmen, vorzugsweise im Interesse der Lösung der im folgenden §. behandelten Fragen. Die Dogmengeschichte dieser Bestrebungen gibt die bei * citirte Schrift von Aarons. Dieser letztere Schriftsteller stellt (S. 195) folgende Formel auf: ein negotium alienum sei diejenige Handlung, „welche den Inhalt hat, einem fremden Vermögen ein Object der Berechtigung resp. Verpflichtung hinzuzufügen, oder ein darin bereits befindliches zu entfernen oder zu modificiren, oder aber eine dieser Thatsachen zu verhindern". Ich zweifele, ob diese oder eine ähnliche Formel dem Richter für die Entscheidung des einzelnen Falles Hülfe gewähren wird. — Mit der zuvor gemachten Bemerkung soll übrigens der Schrift von Aarons nicht zu nahe getreten sein, welche vielmehr durch den gewissenhaften Fleiß der Arbeit und die umsichtige Beherrschung des Stoffes die besten Erwartungen von der zweiten Abtheilung erregt, in welcher der Verf. seine eigene Ansicht näher zu entwickeln verspricht.

[2] Dieselben sind nach römischem Sprachgebrauch Verpflichtungen quasi ex contractu, pr. §. 1 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7. Vgl. Note 17 gegen das Ende.

[3] Die actiones negotiorum gestorum sind bonae fidei actiones, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 6 §. 4 l. 7. 18 D. h. t.

[4] Actio negotiorum gestorum directa, §. 1 I. cit.

[5] L. 11 D. l. 17 C. h. t., l. 24 C. de usur. 4. 32, §. 1 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 23 D. de R. I. 50. 17. — Darf man sagen, daß der Geschäftsführer gegen den Nachtheil, welchen er durch seine Schuld dem Geschäftsherrn zugefügt hat, den durch die Führung eines andern Geschäfts erzielten Nutzen aufrechnen dürfe? Der Zweifelsgrund liegt in l. 11 D. h. t. Man bemerke aber zu dieser Stelle. a) Sie spricht zwar von verschiedenen Geschäften, aber von solchen, die unter sich eine Einheit bilden. b) In der Stelle ist eine Ansicht vertreten, welche von der spätern Jurisprudenz verworfen worden ist. Dieß wird bewiesen durch l. 23 §. 1 D. pro soc. 17. 2. —

wegen Arglist und der derselben gleichstehenden groben Nachlässigkeit[6]; umgekehrt kann es auch vorkommen, daß er selbst für Zufall haftet[7]. Gegen die Pflicht zur Sorgfalt kann sich der Geschäftsführer auch dadurch verfehlen, daß er seine Thätigkeit nicht weit genug ausdehnt[8]. — Der Geschäftsführer ist b) verpflichtet, dem Geschäftsherrn Alles herauszugeben, was er auf Grund seiner Thätigkeit in Händen hat[9], — dasjenige jedoch,

---

Beweislast: Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I S. 263, vgl. §. 410 Note 4 a. E., §. 439 Note 7.

6 Dieß ist der Fall: a) wenn ohne die Dazwischenkunft des Geschäftsführers für den Geschäftsherrn Alles verloren gewesen wäre, l. 3 §. 9 D. h. t.; b) wenn der Geschäftsführer nur in Erfüllung der Pflicht, vom Erblasser begonnene Geschäfte nicht liegen zu lassen, thätig geworden ist, l. 17 C. h. t., vgl. l. 1 pr. D. de fidei. tut. 27. 7, l. 40 D. pro socio 17. 2. Ueber den Fall bei a) vgl. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I. S. 264.

7 Dieß ist der Fall: a) wenn der Geschäftsführer die Haftung für den Zufall besonders übernommen hat, l. 22 C. h. t. (vgl. Chambon S. 106, Glück V S. 365—367); b) wenn er gegen das Verbot des Geschäftsherrn, oder auch nur gegen die Art und Weise desselben thätig geworden ist, l. 11 D. h. t. In diesem letzteren Falle haftet er nicht bloß dann, wenn seine Handlung an und für sich schädlich ist, sondern auch, wenn sie nur dem Interesse gerade des Geschäftsherrn nicht entspricht. Vgl. Wächter S. 356 in Verbindung mit Note 26 auf S. 355.

8 L. 6 §. 12 D. h. t. Im Besondern: a) der Geschäftsführer macht das in seinen Händen befindliche Vermögen nicht in gehöriger Weise fruchtbar, leiht namentlich Geld nicht auf Zinsen aus. Er ist jedoch dabei entschuldigt, wenn er die Art und Weise befolgt hat, in welcher der Geschäftsherr selbst mit seinem Vermögen umzugehen pflegte. L. 6 §. 12 l. 19 §. 4 l. 31 §. 3 l. 35 §. 3 l. 37 §. 1 l. 38 D. l. 20 C. h. t., l. 13 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 24 C. eod. Zu l. 38 cit. vgl. §. 260 Note 3. Seuff. Arch. V. 14. b) Der Geschäftsführer erfüllt Verbindlichkeiten, welche er gegen den Geschäftsherrn hat, nicht freiwillig („non a semet ipso exigit"), oder befriedigt nicht Ansprüche, welche ihm gegen den Geschäftsherrn zustehen. L. 6 §. 12 l. 8 pr. l. 35 pr. §. 3 l. 38 D. h. t.; l. 13 l. 35 §. 1. 2 D. h. t. c) L. 31 §. 2 D. h. t.

9 — „quidquid ex his negotiis retines", l. 2 D. h. t. Bei einer umfassenderen Geschäftsführung, und namentlich bei der Verwaltung des ganzen Vermögens, kann von dem Geschäftsführer Rechnungslegung verlangt werden, l. 2 cit., §. 1 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27. — Der Geschäftsführer muß herausgeben, was er aus seiner Geschäftsführung („ex his negotiis", l. 2 cit.), nicht, was er auf Grund seiner Geschäftsführung aus dem Vermögen des Geschäftsherrn in Händen hat. Z. B. er zieht eine vermeintliche Forderung des Geschäftsherrn ein, l. 23 D. h. t.; er erlangt in einem für den Geschäftsherrn geführten Prozeß mehr, als dem Geschäftsherrn dem Rechte

was er auf Grund einer Rechtshandlung in Händen hat, welche eine Verfügung über das Vermögen des Geschäftsherrn enthält, nur dann, wenn der Geschäftsherr diese Rechtshandlung genehmigt, und sie damit als auch für sich verbindlich anerkennt [10].

2. Der Geschäftsführer hat seinerseits gegen den Geschäftsherrn einen Anspruch auf Ersatz desjenigen, was er aus seinem Vermögen für den Geschäftsherrn aufgeopfert hat [11], und zwar mit Zinsen [12], — jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen. a) Der Geschäftsführer muß die Aufopferung mit dem Willen gemacht haben, den Geschäftsherrn zum Ersatz zu verpflichten [13], also namentlich nicht in Schenkungsabsicht [14], oder zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit [15]. b) Die Aufopferung muß,

---

nach gebührt, l. 8 §. 1 D. h. t. Umgekehrt braucht er auch nicht herauszugeben, was er zwar aus dem Vermögen des Geschäftsherrn, aber nicht auf Grund seiner Geschäftsthätigkeit in Händen hat, l. 19 §. 3 D. h. t.

[10] Einziehung von Forderungen: l. 8 pr. l. 9 l. 24 D. l. 9 C. h. t., l. 62 D. de sol. 46. 3; l. 6 §. 9. 10 D. h. t., l. 14 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 80 §. 5 D. de furt. 47. 2. Verkauf: l. 9 D. l. 19 C. h. t., l. 3 C. de R. V. 3. 32, l. 20 C. fam. herc. 3. 36. Ankauf für Rechnung des Geschäftsherrn: Seuff. Arch. XVII. 241. Ueber den Gegensatz zwischen l. 9 D. cit. und l. 60 D. de R. I. 50. 17 vgl. Vangerow §. 664 Anm. Nr. III.

[11] Actio negotiorum gestorum contraria, §. 1 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 10 pr. D. h. t. Die actio negotiorum gestorum contraria kann möglicherweise in einem gegebenen Fall bei der Geschäftsführung nicht begründet sein. Aber nicht minder kann in einem gegebenen Fall auch die actio negotiorum gestorum directa wegfallen. Die Geschäftsführung kann möglicherweise nur darin bestehen, daß für einen Andern etwas aufgeopfert wird. — Die Aufopferung kann möglicherweise auch in dem bloßen Uebernehmen einer Verpflichtung bestehen, l. 2 D. h. t.

[12] L. 19 §. 4 D. l. 18 C. h. t., l. 37 D. de usur. 22. 1. Vgl. Seuff. Arch. III. 50, VI. 35.

[13] — „recipiendi animo", l. 11 C. h. t.; — „quasi recepturus", l. 13 C. h. t., l. 14 §. 7 D. de relig. 11. 7; — „ut repetiturus", l. 15 C. h. t. Beweis: Seuff. Arch. I. 57, II. 43, III. 52, VIII. 130, IX. 29, XI. 240. S. auch die in Note 15 citirten Erkenntnisse.

[14] „Donandi animo", l. 12 C. l. 4 D. h. t. Vgl. l. 5 §. 3 l. 7 pr. §. 5 l. 10 §. 2. 10 l. 11 D. de in rem verso 15. 3 in Verbindung mit l. 3 §. 2 eod. (§. 483 Note 2).

[15] Mag die Verbindlichkeit eine juristische sein, oder nur eine natürliche. In den Quellen ist namentlich häufig von dem Fall die Rede, wo ein Familienglied eine Aufopferung für ein anderes Familienglied mit Rücksicht auf das zwischen ihnen bestehende nahe Verhältniß macht. Doch bleibt es freilich in diesem Fall

sowohl an und für sich, als in Betreff ihres Maßes[16], im Interesse des Geschäftsherrn gelegen haben, so daß derselbe, wenn er die Verhältnisse gekannt hätte, sie auch selbst gemacht, oder doch gebilligt haben würde[17]. Deßwegen steht dem Geschäfts-

---

dahin gestellt, ob nicht die Schenkungsabsicht überwiegt. L. 27 §. 1 l. 34 D. l. 1. 11. 13. 15 C. h. t., l. 14 §. 7—9. 13 D. de relig. 11. 7. Vgl. l. 5 C. h. t., l. 44 D. h. t. Busch in Elvers Themis II. 21, v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen I S. 218 fg., Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VII. 1, Reinhard das. VIII S. 74 fg. Seuff. Arch. I. 83. 348, II. 44, IV. 52, V. 15, VI. 36. 193, XI. 240, XII. 29. 164, XIV. 145, XVII. 49. 50. — Ist auf Grund einer irrig angenommenen Verbindlichkeit geleistet worden, so ist zwar ein Rückforderungsrecht begründet, aber nicht die actio negotiorum gestorum, sondern die condictio indebiti. (Zu unterscheiden der Fall, wo der Irrthum sich nicht auf die Verpflichtung zur Aufopferung, sondern auf die Verpflichtung zur Besorgung der fremden Angelegenheiten bezieht [§. 431 Note 1]). — S. noch l. 60 §. 1 D. mand. 17. 1 (§. 431 Note 10).

16 L. 25 l. 31 §. 4 D. h. t.

17 Daß die Aufopferung im Interesse des Geschäftsherrn gelegen haben müsse, drücken die Quellen so aus: es müsse ein utiliter gestum vorliegen, l. 2 l. 10 §. 1 l. 12 §. 2 l. 45 pr. D. l. 2. 10. 11. 24 C. h. t. Die utilitas ist aber nicht nach objectiven Rücksichten zu bestimmen, sondern eben mit Rücksicht auf die besondere Lage des Geschäftsherrn. L. 3 §. 4 D. de in rem verso 15. 3: — „nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset" (vgl. vorher: „quia nec procurator haec imputaret", und §. 2 eod.). L. 43 D. h. t.: der Geschäftsführer tilgt eine Schuld des Geschäftsherrn; er hat ein Rückforderungsrecht, „nisi si quid debitoris interfuit, eam pecuniam non solvi". L. 10 §. 1 D. h. t.: — „non ... utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, aggreditur". Die Nothwendigkeit der Aufopferung wird auch in andern Stellen betont (l. 22 l. 31 §. 7 l. 46 D. h. t.), in dem Sinne, daß durch dieselbe aller Streit darüber, ob der Geschäftsherr die Aufopferung auch selbst gemacht haben würde, ausgeschlossen wird. Einzelnes: l. 23 D. l. 3. 12. 16 C. h. t.; l. 40 D. h. t.; l. 10 §. 1 D. l. 10 C. h. t.; l. 45 D. h. t.; l. 2 C. h. t.; l. 27 pr. D. h. t. Vgl. ferner l. 3 §. 3. 4. 7. 8. 10 l. 5 pr. §. 2 l. 7 §. 5 l. 9 l. 10 §. 1. 2 l. 19 D. de in rem verso 15. 3 (in Verbindung mit l. 3 §. 2 eod.); l. 38 D. de R. V. 6. 1, l. 13 §. 22 D. de A. E. V. 19. 1. Seuff. Arch. IX. 209. 285. — Uebrigens herrscht über den Begriff des utiliter gestum keine Uebereinstimmung der Meinungen; s. die Uebersichten bei Ruhstrat Arch. XXXII S. 175 fg., Köllner S. 71 fg. Vangerow S. 523. 524. Zwar hat es nie ganz verkannt werden können, daß bei der actio negotiorum gestorum contraria Rücksicht auf den präsumtiven Willen des Geschäftsherrn genommen werden müsse; aber während eine Reihe von Schriftstellern dieses subjective Moment (mehr oder minder) auch zum entscheidenden Princip erhebt

führer um so eher ein Ersatzanspruch dann zu, wenn er sich auf den ausgesprochenen Willen des Geschäftsherrn berufen kann[18], so wie umgekehrt jeder Ersatzanspruch wegfällt, wenn der Ge=

(Kritz, Chambon, Ruhstrat, Dankwardt, Brinkmann, Köllner, Witte, Jacobi), betonen andere mehr das objective (Wächter, Leist, Vangerow, Holzschuher III S. 679 Note **), wobei sich denn freilich die Nothwendigkeit herausstellt, die bloße Nützlichkeit als Grund der actio negotiorum gestorum contraria nicht zuzulassen. — Diejenigen Schriftsteller, welche die Rücksicht auf den präsumtiven Willen des Geschäftsherrn in den Vordergrund stellen, streiten nun ferner wieder darüber, wie dieser Wille zur Construction des Rechtsverhältnisses zu verwerthen sei. Kritz faßt denselben als fingirtes Mandat auf, ebenso Dankwardt; Chambon als fingirte Genehmigung (die Genehmigung könne, wenn sie nicht wirklich ertheilt werde, erzwungen werden); Witte als fingirtes Mandat „oder vielmehr . . . Ratihabition". Ruhstrat's Auffassung ist folgende: in der Uebereinstimmung des Willens des Geschäftsherrn und des Geschäftsführers sei das materielle Substrat eines Vertrags gegeben; das Band, welches diesen beiden Willen zur wirklichen vertragsmäßigen Vereinigung fehle, supplire das Recht durch eine Fiction. Ebenso Brinkmann. Meiner Ansicht nach sind alle diese Constructionen verfehlt, aber auch unnöthig. Die actio negotiorum gestorum contraria repräsentirt einen selbständigen Rechtssatz, wie die actio negotiorum gestorum directa, und bedarf ebenso wenig, wie diese, der Zurückführung auf ein höheres Princip. So gut, wie das Recht von der einen Seite sagt: wer im Interesse eines Andern in dessen Angelegenheiten glaubt eingreifen zu müssen, soll es ordentlich thun, — sagt es andererseits: wenn er dabei eine Aufopferung mit dem Willen macht, daß ihm diese Aufopferung von dem Geschäftsherrn später solle ersetzt werden, so wird diesem Willen, obgleich derselbe nur ein einseitiger ist, dann Statt gegeben, wenn diese Aufopferung wirklich im Interesse des Geschäftsherrn lag. Vgl. l. 14 §. 1 D. comm. div. 10. 3: — „tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui"; l. 29 pr. eod.: — „eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget", l. 19 §. 2 D. h. t. In denjenigen Fällen, in welchen die actio negotiorum gestorum contraria auch bei Abwesenheit des animus obligandi gegeben wird (§. 431 Note 17. 18, vgl. Note 6. 11), hat sie nicht ihre eigenthümliche Natur, sondern ist nur eine andere Form für die condictio sine causa (§. 424 Note 1 a. E.). — Dabei läßt sich die Frage nicht abweisen, ob nicht die actio negotiorum gestorum contraria überhaupt auf den Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuführen sei? Es ist zu sagen, daß das römische Recht dieß möglicherweise hätte thun können (§. 421 Note 13), aber ebenso gewiß nicht gethan hat. Vgl. in dieser Beziehung auch noch l. 29 pr. D. comm. div. 10. 3 (vv. *denique ea actione pupillum teneri dicimus*") in Verbindung mit den in Note 24 genannten Stellen.

18 Mag der Wille vorher ausgesprochen worden sein (l. 31 pr. D. h. t., l. 5 pr. eod., vgl. l. 3 §. 4. 6 D. de in rem verso 15. 3), oder nachher (Genehmigung — l. 9 l. 10 pr. D. h. t.).

schäftsführer die Aufopferung gegen ein Verbot des Geschäftsherrn gemacht hat[19]; von welchem letzteren Satze jedoch eine Ausnahme in dem Fall gilt, wo Jemand für den Verpflichteten einen Leichnam bestattet hat[20]. Irrige Annahme, die Aufopferung liege im Interesse des Geschäftsherrn, hilft dem Geschäftsführer nicht, selbst dann nicht, wenn sein Irrthum entschuldbar war[21]. Lag dagegen die Aufopferung wirklich im Interesse des

---

[19] L. 24 C. h. t., l. 8 §. 3 l. 3 l. 31 §. 4 D. eod., l. 14 §. 13 D. de relig. 11. 7, l. 40 D. mand. 17. 1. Vgl. Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 170 Note 7; Marezoll Arch. f. civ. Pr. VIII S. 265, Chambon S. 80, Köllner S. 87.

[20] Für diesen Fall hatte der Prätor eine besondere actio, actio funeraria, aufgestellt, l. 12 pr. §. 2 vgl. l. 14 §. 13 D. de relig. 11. 7. Verpflichtet zur Leichenbestattung ist aber (nicht der nächste Verwandte, sondern) derjenige, welcher das Vermögen des Verstorbenen erhält, also der Erbe (l. 12 §. 4 l. 14 §. 1. 13 D. de relig. 11. 7), daneben auch derjenige, an welchen durch den Tod der Frau die Mitgift fällt (l. 16—20 l. 22—30 D. eod.); ist kein Vermögen vorhanden, der Vater, welcher den Verstorbenen in der Gewalt hatte (l. 21. 28 eod.), zuletzt der Ehegatte (l. 28 eod.). Ueber das, was zu den Leichenbestattungskosten gehört, s. Walther Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII. 13. — Eine fernere Ausnahme macht für die Erfüllung fremder gesetzlicher Verpflichtungen, wenn ein öffentliches Interesse die Erfüllung derselben verlangt, mit Rücksicht auf l. un. §. 3 D. de via publ. 43. 10, das Erkenntniß bei Seuff. Arch. III. 51 und XIV. 94, für die Erfüllung fremder gesetzlicher Verpflichtungen überhaupt das Erkenntniß XI. 37. Vgl. Holzschuher III S. 685 Nr. 8.

[21] L. 10 §. 1 i. f. D. h. t. „Ego quaero, quid si putavit, se utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? Dico, hunc non habere negotiorum gestorum actionem“. Wächter Anm. 22 (S. 352), Anm. 15 a. E. (S. 346), Chambon S. 71. 72, Ruhstrat Arch. XXXII S. 193—195, Dankwardt S. 15, Leist S. 122, Köllner S. 84. In seiner Schrift über die negotiorum gestio (S. 26. 32 fg.) will Ruhstrat eine Ausnahme für den generellen negotiorum gestor machen; bei diesem komme es nur darauf an, ob der Geschäftsherr die Uebernahme der Verwaltung selbst genehmigt haben würde; stehe dieß fest, so sei der negotiorum gestor zu jeder an und für sich verständigen Verwaltungshandlung befugt. Ich halte diese Ausnahme nicht für gerechtfertigt; aber freilich kann nicht bloß der generelle, sondern ein jeder negotiorum gestor, sich den Ersatz auch für solche Auslagen, welche nicht im Sinne des Geschäftsherrn lagen, durch den Nachweis sichern, daß ohne seine Dazwischenkunft Alles verloren gewesen sein würde. Kann der Geschäftsherr in einem solchen Fall wegen Verschuldung des Geschäftsführers einen Ersatz nicht fordern, welcher ihm gemäß der Regel gebühren würde (Note 6), so darf er sich auch nicht weigern, seinerseits einen Ersatz zu geben, auf welchen der

Geschäftsherrn, so hat der Geschäftsführer einen Ersatzanspruch auch dann, wenn der durch die Aufopferung erzielte Erfolg hinterher wieder weggefallen ist[22]. In den Fällen übrigens, in welchen die Aufopferung nicht im Interesse des Geschäftsherrn lag, muß derselbe dem Geschäftsführer wenigstens dasjenige herausgeben, was durch die Geschäftsführung wirklich in sein Vermögen gebracht worden ist, und sich noch gegenwärtig in demselben befindet[23]. Handlungsunfähige Geschäftsherrn haften überhaupt nur bis zum Belange der noch jetzt vorhandenen Bereicherung[24].

§. 431.

Im Vorhergehenden ist der gewöhnliche Fall vorausgesetzt, daß der Geschäftsführer sowohl aus freiem Antriebe, als auch in der Absicht, dem Geschäftsherrn einen Dienst zu erweisen, thätig wird[1]. Es fragt sich, ob das eine und das andere Mo-

---

Geschäftsführer der Regel gemäß keinen Anspruch haben würde, — einen Ersatz, der immer noch nicht den Nutzen absorbirt, welchen der Geschäftsführer durch seine Thätigkeit ihm wirklich zugewendet hat.

[22] L. 10 §. 1 l. 12 §. 2 l. 22 D. h. t. Vgl. l. 3 §. 7. 8. 10 l. 17 pr. D. de in rem verso 15. 3.

[23] Aber man bemerke wohl: er braucht auch nur das in seinem Vermögen wirklich Befindliche herauszugeben, nicht aber statt desselben seinen Werth; sonst würde er durch die Geschäftsführung eines Andern zu einem Umtausch genöthigt werden können, der eben nicht in seinem Interesse liegt. Hat daher z. B. der Geschäftsführer eine Schuld des Geschäftsherrn getilgt, an deren Nichttilgung der Geschäftsherr Interesse hatte (l. 43 D. h. t., Note 17), so kann er nicht etwa unter dem Titel der Bereicherung den Betrag der Schuld dennoch zurückfordern; sondern der Geschäftsherr thut ihm vollkommen genug, wenn er sich erbietet, seinem frühern Gläubiger gegenüber die Schuld wiederherzustellen, und falls der Geschäftsführer, was freilich sehr nahe liegt, dieses Erbieten nicht verwerthen kann, so bekommt er eben gar nichts ersetzt. Sind durch die Aufopferungen des Geschäftsführers körperliche Anlagen bewirkt worden, so gestaltet sich sein Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung zum ius tollendi (I §. 195 Note 11. 12), l. 3 §. 4 D. de in rem verso 15. 3. Vgl. Wächter S. 353—356, Leist S. 133—136, Ruhstrat XXXIV S. 60 fg., Köllner S. 80 Nr. 5.

[24] L. 6 pr. l. 37 pr. D. l. 2 C. h. t. Mit dieser Maßgabe ist gewiß auch l. 3 §. 5 D. h. t. zu verstehen.

§. 431. [1] Als Ausgangspunkt der actiones negotiorum gestorum wird in unseren Quellen der Fall der Abwesenheit behandelt, welche so plötzlich eingetreten ist,

ment nothwendig ist, damit die vorher dargestellten Grundsätze Platz greifen. Folgende Fälle kommen hier in Betracht.

1. Der Geschäftsführer nimmt irrigerweise an, er sei von dem Geschäftsherrn zur Besorgung seiner Angelegenheiten beauftragt worden, oder stehe in einem sonstigen Verpflichtungsverhältniß zu demselben. Dieser Irrthum hat weder auf seine Verbindlichkeiten, noch auf seine Ansprüche Einfluß[2].

2. Der Geschäftsführer ist von einem Dritten beauftragt worden. In diesem Fall kommt es darauf an, ob der Geschäftsführer lediglich im Hinblick auf den ertheilten Auftrag, oder zugleich im Hinblick auf den Geschäftsherrn thätig geworden ist[3]. Im letzten Fall gelten die gewöhnlichen Grundsätze von der Geschäftsführung[4]; im ersten Fall dagegen ist der Geschäftsführer lediglich dem Auftraggeber gegenüber berechtigt und verpflichtet[5], und nur im Nothfall wird ihm ein Ersatzanspruch auch gegen denjenigen zugestanden, in dessen Angelegenheiten er thätig geworden ist[6]. Hierzu ist jedoch zu bemerken: a) daß der Geschäfts-

---

daß der Geschäftsführer für seine Vertretung keine Sorge hat tragen können. L. 1 D. h. t., l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7, §. 1 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27. Ein anderer Fall war im Edicte ausdrücklich vorgesehen, der Fall des Todes bei unangetretener Erbschaft, l. 3 pr. §. 6 D. h. t.

2 L. 3 §. 10 l. 5 pr. l. 29 D. l. 6 C. h. t., l. 4. C. qui dare tut. 5. 34. Vgl. l. 19 §. 2 D. h. t. (ein freier Mensch wird thätig auf Befehl seines vermeintlichen Herrn: — „erit . . negotiorum gestorum actio, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem, et is fuerit, quem obligare possem“). Seuff. Arch. XII. 157.

3 L. 3 §. 10. 11 D. h. t. L. 3 §. 11. cit. „Apud Marcellum libro II. Dig. quaeritur, si, cum proposuissem, negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris, ut geram, an utraque actione uti possim? Et ego puto, utramque locum habere: quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fideiussorem accepero negotia gesturus; nam et hic dicit, adversus utrumque esse actionem“. Vgl. l. 6 §. 4 D. h. t.: — „si et tuum gessit sciens“.

4 Von diesem Falle handeln außer der in der vorigen Note citirten l. 3 §. 11 D. h. t. l. 4 C. h. t. (actio negotiorum gestorum directa) und l. 14 eod. („invicem negotiorum gestorum competit actio“). Vgl. Seuff. Arch. XV. 1.

5 Von diesem Falle handeln l 21 §. 3 l. 28 D. h. t., l. 22 §. 10 l. 53 D. mand. 17. 1, l. 14 §. 15 D. de relig. 11. 7 (Note 6). A. M. Thibaut civil. Abhandlungen Nr. 20. Zu l. 28 cit. vgl. §. 258 Note 19.

6 Nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. L. 14 §. 15 de relig. 11. 7. „Qui mandatu alterius funeravit, non habet funerariam actionem . . Quod si pupillus mandavit sine tutore auctore, utilem funerariam

führer dem Geschäftsherrn jedenfalls dann haftet, wenn er es übernommen hat, demselben etwas ihm von dem Auftraggeber Uebergebenes einzuhändigen[7]; b) daß, wenn der Auftrag unter der irrigen Voraussetzung gegeben und ertheilt worden ist, der Auftraggeber sei der Geschäftsherr, statt der Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Auftrag, die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung zwischen dem Geschäftsführer und dem wirklichen Geschäftsherrn entstehen[8].

3. Der Geschäftsführer wird im Interesse eines Dritten aus eigenem Antrieb thätig. Hält er dann diesen Dritten irrigerweise für den Geschäftsherrn, so entstehen die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung nicht zwischen ihm und dem vermeintlichen, sondern zwischen ihm und dem wirklichen Geschäftsherrn[9]. Weiß er dagegen, daß der Dritte nicht der Geschäftsherr ist, so ist wieder zu unterscheiden, wie zuvor: hat der Geschäftsführer trotz des Hinblicks auf den Dritten zugleich die Absicht, Geschäftsführer desjenigen zu sein, dessen Geschäfte er besorgte, so treten zwischen ihm und diesem Letzteren die gewöhnlichen Grundsätze von der Geschäftsführung ein; handelt er dagegen lediglich im Hinblick auf den Dritten, so ist er auch nur diesem gegenüber berechtigt wie verpflichtet, und zwar wieder nach den Grundsätzen der Geschäftsführung[10], und bloß im Nothfall ist ihm auch hier ein Anspruch gegen den wirklichen Geschäftsherrn zu gestatten[11].

4. Der Geschäftsführer wird in eigenem Interesse thätig. Von diesem Falle ist im Allgemeinen zu sagen, daß auch dadurch

---

dandam adversus heredem ei, qui impendit; lucrari enim heredem iniquum est". Dieser Grund schließt die Annahme aus, als handele es sich hier um eine Eigenthümlichkeit der actio funeraria. Ueberdieß findet sich die gleiche Entscheidung in l. 7 D. ad SC. Vell. 16. 1.

[7] L. 6 §. 2 D. h. t. „Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit".

[8] L. 26 D. h. t.

[9] L. 5 §. 1 l. 6. 7. 8. 10. 11. l. 31 §. 1 l. 45 §. 2 D. h. t., l. 14 §. 1 D. comm. div. 10. 3.

[10] L. 6 pr. (vgl. l. 3 §. 4) l. 46 pr. D. h. t., l. 60 §. 1 D. mand. 17. 1.

[11] Arg. l. 14 §. 15 D. de relig. 11. 7 (Note 6), und s. auch l. 6 §. 6 D. h. t.

die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung nicht ausgeschlossen werden[12]. Jedoch gilt hier folgendes Besondere.

a. Wenn ein Theilhaber in Betreff des ihm mit einem Andern gemeinschaftlichen Gegenstandes thätig wird, so greifen nicht die Grundsätze von der Geschäftsführung, sondern die Grundsätze von der Gemeinschaft Platz; anders wenn er nicht in Betreff des gemeinschaftlichen Gegenstandes, sondern für seinen Antheil und zugleich für den Antheil des Genossen thätig wird[13].

b. Der zum Zweck seiner Befriedigung in das Vermögen des Schuldners eingewiesene Gläubiger haftet nur für Arglist, und kann Ersatz für alle Aufopferungen verlangen, welche er ohne Arglist gemacht hat[14].

---

12 Beispiele aus den Quellen: Jemand zahlt den auf seinen Mitgefangenen fallenden Theil des Lösegeldes, weil er sonst selbst nicht frei werden kann, l. 21 pr. D. h. t.; Jemand zahlt den auf seinen Miterben fallenden Theil der Schuld, um selbst dem Pfandverkauf zu entgehen, l. 3 C. h. t.; Jemand bezahlt einen fremden Gläubiger aus, indem er sich das demselben haftende Pfand in der Hoffnung abtreten läßt, den Ueberschuß dieses Pfandes zur Tilgung einer ihm gegen den Schuldner sonst zustehenden Forderung verwenden zu können, l. 32 pr. D. h. t.; ein Correal- oder Solidarschuldner zahlt auf Grund seiner Verpflichtung eine materiell den Mitschuldner, allein oder in erster Linie, treffende Schuld, l. 30 D. h. t., l. 10 §. 10 D. de in rem verso, vgl. §. 294 Note 3, §. 298 Note 12, §. 299 Note 3. S. ferner l. 31 §. 7 D. h. t., l. 19 §. 2 D. comm. div. 10. 3. Vgl. auch §. 403 Note 14.

13 Den im Texte bezeichneten Gegensatz drücken die Quellen in einer Weise aus, daß daraus zugleich eine Beantwortung der Frage hervorgeht, wann anzunehmen sei, daß der Theilhaber für den gemeinschaftlichen Gegenstand, und wann, daß er für die beiderseitigen Antheile thätig geworden sei. L. 6 §. 2 D. comm. div. 10. 3: — „non alias communi dividundo iudicio locus erit, . . . nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit, alioquin, si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur“. S. ferner l. 6 §. 7 eod., l. 40 D. h. t., l. 18 §. 6 l. 25 §. 13—15 D. fam. herc. 10. 2, l. 18 §. 1 l. 20 C. eod. 3. 36, l. 19 C. de neg. gest. 2. 19, l. 9 §. 4 D. de reb. auct. iud. 42. 5 (Note 14). Hierher gehört im Besonderen die bei * citirte Schrift von Brinckmann. Vgl. §. 449 Note 5. 10.

14 Für diesen Fall hatte der Prätor in seinem Edict eine besondere actio aufgestellt (l. 9 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5): — „nam negotiorum gestorum agere non magis potest, quam si socius commune aedificium fulsit, quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur“ (l. 9 §. 4

c. Wer fremdes Vermögen arglistigerweise als eigenes behandelt, haftet[15] für den nachtheiligen Erfolg seiner Handlungen auch dann, wenn er an demselben nicht Schuld ist[16], und kann Ersatz für seine Aufopferungen nur insoweit verlangen, als der Eigenthümer durch den Erfolg derselben noch jetzt bereichert ist[17].

d. Wer fremdes Vermögen als eigenes behandelt, weil er es für sein eigenes hält, haftet dem Eigenthümer und ist berechtigt gegen denselben nur nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung[18].

---

eod.); aber: „omne, quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi, restituendum a creditore“ (l. 14 §. 1 eod.). Ueber die im Texte bezeichneten Eigenthümlichkeiten dieser actio in factum s. l. 9 §. 2. 4. 5 eod., und vgl. im Allgemeinen l. 9. 10. 11 eod.

15 L. 6 §. 3 D. h. t. „Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione“. Vgl. Seuff. Arch. XIII. 156 (S. 218).

16 L. 32 pr. D. h. t., l. 6 §. 2 D. comm. div. 10. 3.

17 Die l. 6 §. 3 D. h. t. (Note 15) fährt fort: „Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet in me actionem“. Die improba negotiorum gestio soll hier offenbar einer besondern Behandlung unterworfen werden; deßwegen darf nicht angenommen werden, daß die Bereicherung in die Ersparung einer Ausgabe gesetzt werde, welche auch der Eigenthümer gemacht haben würde. Doch gibt die l. 5 C. de R. V. 3. 32 dem unredlichen Besitzer einer fremden Sache wegen der necessarii sumtus ein Retentionsrecht schlechthin.

18 Die actio negotiorum gestorum ist in diesem Fall, wie in dem Falle der Note 17, nur eine andere Form für die condictio sine causa (§. 424 Note 1 a. E.). a. Verhaftung. L. 49 D. h. t. „Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses“. Nach dem Recht der negotiorum gestio würde der Eigenthümer ein Recht auf Herausgabe des Kaufpreises auch vor Untergang der Sache haben (§. 430 Note 9). In l. 23 D. de R. C. wird denn auch für den bezeichneten Fall geradezu eine condictio gegeben (§. 422 Note 4. b, vgl. §. 421 Note 17). b. Berechtigung. Die l. 49 D. cit. fährt fort: — „sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam esse putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem ea solutione liberarer“ (§. 426 Note 10). L. 14 §. 11 D. de relig. 11. 7. „Si quis, dum se heredem putat, patremfamilias funeraverit, funeraria actione uti non poterit, quia non hoc animo

C. Vormundschaft und Güterpflege*.

1. Vormundschaft über Unerwachsene.

Einleitung.

§. 432.

Der Ausdruck Vormund [1] bezeichnet eine Person, welche zur Sorge für Jemanden, der selbst für sich zu sorgen nicht

---

fecit, quasi alienum negotium gerens, et ita Trebatius et Proculus putat. Puto tamen et ei ex causa dandam funerariam" (vgl. §. 15 eod., Note 6). L. 32 pr. eod., l. 50 §. 1 D. de H. P. 5. 3. Doch ist Streit darüber, wie weit man auf Grund dieser Stellen gehen dürfe. Eine Reihe von Schriftstellern will bei den speziellen in denselben genannten Fällen stehen bleiben; so, wenn auch im Einzelnen abweichend, Kämmerer in dem bei * citirten Aufsatz, Chambon S. 140 fg., Witte §. 4. 5, und theilweise auch Köllner S. 29 fg. 42 fg. 48 fg., welcher letztere Schriftsteller l. 49 cit. durch eine mehr als kühne Interpretation ganz zu beseitigen sucht. Andere, wie namentlich Vangerow, leiten aus jenen Stellen nur die Regel her, daß der Eigenthümer die durch Tilgung von Verpflichtungen ihm zugegangene Bereicherung ersetzen müsse. Auf die Bereicherung als solche, jedoch theilweise nicht ohne Abweichungen im Einzelnen, stellen die Regel Leist S. 135 fg., Ruhstrat XXXIV S. 68 fg., Brinkmann S. 19 fg., Stintzing Heid. krit. Zeitschr. III S. 170 fg., IV S. 233 fg. Schwierigkeit machen dabei allerdings die Stellen, welche von dem Ersatz der von einem gutgläubigen Besitzer auf fremde körperliche Sachen gemachten Verwendungen handeln (§. 422 Note 7) insofern, als dieselben nur ein Retentions-, kein Klagerecht bewilligen. Aber jedenfalls bewilligen sie doch einen Anspruch, und so erscheint es viel unbedenklicher, in ihnen eine Ausnahme von der Regel zu sehen, als umgekehrt den Ausdruck der Regel, daß die wirkliche Bereicherung an und für sich nicht zurückgefordert werden könne. — Das Nähere der Dogmengeschichte, in Betreff der actio directa und contraria, s. in der Schrift von Aarons.

* Inst. 1. 13—26. Dig. lib. 26. 27. Cod. 5. 28—75. — Rudorff das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt. 3 Bde. 1832—34. Rec. des 1. Bandes von Bethmann-Hollweg, Rhein. Mus. VI S. 206—256. — Kraut die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. 3 Bde. 1835. 1847. 1859. — Glück XXVIII S. 435 — XXXIII S. 310. Heimbach im Rechtslex. XIII S. 327 —964. Unterholzner II. S. 628—650, Sintenis III §. 144—157, Vangerow I §. 261—294. §. 432.

[1] S. über diesen Ausdruck Kraut I S. 1.

vermag, unter staatlicher Autorität berufen ist, und ihr Amt unter staatlicher Aufsicht verwaltet [2]. Die Vormundschaft begründet ein Verpflichtungsverhältniß zwischen dem Mündel und dem Vormund in ähnlicher Weise, wie ein Verpflichtungsverhältniß durch den übernommenen Auftrag und die freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten begründet wird [3]. Die Vormundschaft begründet ferner ein Recht des Vormundes, den Mündel bei Rechtshandlungen zu vertreten, und über sein Vermögen zu verfügen. Diese beiden Seiten der Vormundschaft sind hier darzustellen. Eine andere Seite der Vormundschaft, kraft deren dieselbe dem Vormund auch die Pflicht und die Macht gibt, für die Person des Mündels zu sorgen, gehört nicht an den gegenwärtigen Ort des Systems, sondern in das Familienrecht [4]. —

---

[2] Pr. I. de excus. 1. 25: — „nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse". — Die Sorge, welche der Staat darauf richtet, daß ein Vormund vorhanden sei, und daß derselbe sein Amt ordentlich verwalte, nennt man die Obervormundschaft Rudorff I §. 2, Kraut I §. 9. 10. Es ist eine der wichtigsten legislatorischen Fragen, wie weit die Obervormundschaft gesteigert werden soll. Das heutige gemeine Recht geht darin weiter, als das römische, und Particularrechte sind noch weiter gegangen.

[3] Das Verpflichtungsverhältniß zwischen dem Vormund und dem Mündel ist, wie das durch die freiwillige Geschäftsbesorgung begründete (§. 430 Note 2) „quasi ex contractu", §. 2 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 5 §. 1 D. de O. et A. 44. 7.

[4] Nach dieser Seite betrachtet ist die Vormundschaft eine künstliche Ergänzung des durch das Aelternverhältniß gewährten Schutzes. — Die Meisten (anders von den Neueren nur Unterholzner und Puchta) handeln die Vormundschaft auch nach ihrer vermögensrechtlichen Seite im Familienrecht ab. Hierfür spricht die Analogie der Ehe, bei welcher das gleiche Verfahren ganz allgemein eingehalten wird. Doch verzweigen sich die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe weiter über das ganze Rechtssystem, als die der Vormundschaft, welche letztere sich an Auftrag und negotiorum gestio so natürlich anschließt, daß sie nicht ohne Gewaltsamkeit davon getrennt werden kann. Allerdings gehört strenge genommen in das Obligationenrecht nur das durch die Vormundschaft begründete Verpflichtungsverhältniß, nicht auch das Vertretungs- und Verfügungsrecht des Vormundes. Aber noch viel weniger gehört diese letztere Seite der Vormundschaft in das Familienrecht; ihre eigentliche Stelle wäre im allgemeinen Theil, wo sie nur aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht (näher) vorgetragen wird. So sehr es sich aber empfiehlt, die vermögensrechtliche Seite der Vormundschaft im Obligationenrechte abzuhandeln, so wenig halte ich es für gerechtfertigt, sie, wie dieß Puchta

Unter den einzelnen Fällen der Vormundschaft ist der wichtigste und rechtlich am meisten ausgebildete der der Vormundschaft über Unerwachsene.

Unerwachsene stehen unter Vormundschaft bis zum vollendeten 25. Jahr[5].[6] Innerhalb dieser Grenze unterschied das römische

---

thut, aus dem Familienrechte ganz auszuweisen. Die Vormundschaft wird also in diesem Lehrbuche im Familienrecht noch einmal erscheinen. Bei dieser Anordnung entsteht nur die Frage, an welchem Orte die Grundsätze über die Begründung und Beendigung der Vormundschaft vorgetragen werden sollen. Da kein Grund vorhanden ist, die Darstellung dieser Grundsätze zu verschieben, umgekehrt das Verständniß des Folgenden mannichfach durch die Kenntniß derselben bedingt ist, so werden sie sogleich hier vorgetragen. Vgl. noch Sintenis III §. 130 Anm. 2, Böcking Grundr. II §. 293 Note 1. Kuntze In systemate iuris civilis hodierni doctrina de tutela num iuri obligationum adscribenda sit. Lipsiae 1851.

[5] Der Minderjährige (minor XXV annis) ist unmündig, der Großjährige (maior XXV annis) ist mündig. Vgl. I §. 54 Note 6. 8. — Nach älterem römischem Recht konnte der Unerwachsene nur dann einen Vormund haben, wenn er keiner väterlichen Gewalt unterworfen war, vgl. pr. I. de tutelis 1. 13, l. 239 pr. D. de V. S. 50. 16. Dieß hatte seinen Grund darin, daß der unter väterlicher Gewalt Stehende nicht fähig war, etwas Eigenes zu haben. Seit derselbe Vermögensfähigkeit erlangt hat, ist zu unterscheiden zwischen dem s. g. peculium adventicium ordinarium einerseits, und dem s. g. peculium adventicium extraordinarium und dem peculium castrense und quasi castrense andererseits. Das Erstere steht auch jetzt nicht unter Vormundschaft, sondern unter selbstnütziger väterlicher Verwaltung; für die anderen Peculien aber bekommt das Kind in der That einen Vormund (curator), obgleich das römische Recht den Vater, wenn von ihm die vormundschaftliche Verwaltung geführt wird, nicht so nennt. L. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1, vgl. l. 7 pr. C. de cur. fur. 5. 70. Vgl. Glück XIV S. 390, Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 441. 442, Vangerow I §. 237 Anm. 2 Nr. 2, Sintenis III §. 141 Note 52. — Handlungsunfähigkeit des unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen und Ergänzung derselben durch den Vater: Kraut II §. 108; Seuff. Arch. VII. 197, XIII. 241, XV. 113.

[6] Von der Regel, daß Minderjährige unter Vormundschaft stehen, macht Kraut II S. 182 fg. 667 fg. für das heutige Recht eine Ausnahme in Betreff der verheiratheten Mündel, so wie in Betreff des Sohnes, welcher durch Begründung eines selbstständigen Haushaltes aus der väterlichen Gewalt ausgeschieden ist, — mit Berufung auf älteres deutsches Recht und gemeines Gewohnheitsrecht. Ebenso (im Ausdruck auch den Fall der Emancipation mit umfassend) Seuff. Arch. XIII 241 (S. 339); ferner das. XVI. 96, wo aber angenommen wird, daß mit Auflösung der Ehe für die minderjährige Frau wieder Vormundschaft eintrete. Vgl. auch §. 437 Note 5.

Recht noch zwischen den Geschlechtsunreifen und den Geschlechtsreifen. Die Vormundschaft über jene hieß tutela, und trat mit Nothwendigkeit ein; die Vormundschaft über diese hieß cura, und trat nur ein, wenn der Unerwachsene sie begehrte[7]. Doch war die rechtliche Stellung des tutor und des curator im Uebrigen die gleiche[8], und eine verschiedene nur bei der Mitwirkung zu den Rechtshandlungen des Mündels[9]. Heutzutage hat jeder Unerwachsene bis zum

---

[7] Die tutela ist das ältere Rechtsinstitut; die cura ist zuerst als Unterstützung der Minderjährigen bei einzelnen Rechtsgeschäften durch die lex Plaetoria (nicht später als die zweite Hälfte des 6. Jahrh. der Stadt), als generelle Geschäftsführung durch eine Constitution des K. Marcus eingeführt worden. Capitol. in Marco c. 10. Doch wurde auch nach dieser letzteren Constitution dem minor ein curator nur auf sein Begehren gegeben. „Inviti adolescentes curatores non accipiunt . .", §. 2 I. de cur. 1. 23; s. ferner l. 13 §. 2 D. de tut. dat. 26. 5, l 2 §. 4. 5 D. qui petant 26. 6, l. 6 C. eod. 5. 31. Von der anderen Seite war es die Pflicht des abtretenden tutor, den Mündel zur Erbittung eines curator zu ermahnen (l. 5 §. 5 D. de adm. 26. 7), und nur einem solchen brauchte der tutor das Vermögen des Mündels herauszugeben (l. 7 C. qui petant 5. 31), so wie der minor auch zu jeder anderen Zahlungsannahme (l. 7 §. 2 D. de min. 4. 4), und ferner zur Prozeßführung (§. 2 I. de cur. 1. 23, l. 1 C. qui pet. 5. 31) eines curator bedurfte. So erklärt es sich, daß trotz der dem minor eingeräumten Freiheit unsere Quellen es als das Regelmäßige ansehen, daß er unter cura stehe. S. namentlich l. 1 §. 3 l. 2 l. 3 pr. D. de min. 4. 4. — Vgl. über das hier Gesagte vorzugsweise den Aufsatz von Savigny „über den Schutz der Minderjährigen im römischen Recht, und insbesondere von der lex Plaetoria", zuerst in den Abhandl. der Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1833 S. 1 fg.; dann mit Zusätzen in der Zeitschr. f. gesch. RW. X S. 232 fg., vermischte Schriften II S. 321 fg.; ferner Rudorff I S. 90 fg. 406 fg., Vangerow §. 291 Anm. 1.

[8] Man kann sagen: der tutor in seiner Eigenschaft als Vertreter des impubes und Verwalter seines Vermögens war sein curator, obgleich er nicht so hieß. Was ihn als tutor auszeichnete, war lediglich das Recht der Ergänzung der Handlungsunfähigkeit des impubes durch auctoritatis interpositio. In diesem Sinne ist der früher häufig mißverstandene Satz zu verstehen: tutor personae, non rei vel causae datur (l. 14 D. de tut. 26. 1, §. 4 I. qui test. tut. 1. 14). Im älteren Recht gab es Tutoren — die Tutoren geschlechtsreifer Frauen — welche lediglich auctoritatis interpositio, nicht Vermögensverwaltung hatten. Ulp. XI. 25, Gai. I. 190. 191. — Vgl. über das hier Gesagte Vangerow §. 263 Anm., und aus der von ihm verzeichneten Literatur namentlich den Aufsatz von v. Löhr im Magazin f. RW. u. Gesetzg. III S. 14 fg. 435 fg.

[9] Die Mitwirkung des tutor bestand in der auctoritatis interpositio, d. h. einer unmittelbaren Theilnahme an der Rechtshandlung des impubes, durch

vollendeten 25. Jahre einen **Vormund**[10], und es tritt weder, wenn schon vor der Geschlechtsreife eine Vormundschaft bestand, mit der Geschlechtsreife ein Wechsel der Person ein[11], noch erfolgt, wenn das Bedürfniß der Vormundschaft sich erst nach erreichter Geschlechtsreife ergibt, die Berufung zur Vormundschaft nach anderen Grundsätzen, als die Berufung zur Vormundschaft über einen Geschlechtsunreifen[12].

a. Begründung der Vormundschaft.

α. Berufung.

§. 433.

Die Berufung[1] zur Vormundschaft über einen Unerwachsenen erfolgt durch letzten Willen, Gesetz, obrigkeitliche Ernennung[2].

---

welche Theilnahme dessen Handlungsunfähigkeit ergänzt werden sollte (Note 8). Die Mitwirkung des curator war ein gewöhnlicher consensus, durch welchen der Mangel der Verfügungsgewalt des minor gehoben werden sollte, und welcher sich in Nichts von der Gestattung unterschied, wodurch z. B. der Eigenthümer die Verfügung des Nichteigenthümers zu einer rechtlich wirksamen macht. Vgl. §. 442 Note 3.

[10] R. P. O. v. 1548 Tit. 31 §. 1, v. 1577 Tit. 32 §. 1: — „so wöllen wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Herren, Grafen, von Adel, und Communen hiermit ernstlich aufferlegt und befohlen haben, in ihren Fürstenthumen, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebieten dermaßen Vorsehung zu thun und zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren Vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nit verordnet, oder ihre angeborne Freund und Verwandten sich der Vormündschaft aus rechtmäßigen Ursachen nit unterziehen wollten oder darzu füglich und geschickt wären, gegeben werden". — Im älteren deutschen Recht kommt ein ähnlicher Gegensatz vor, wie der römische zwischen dem impubes und dem minor, der Gegensatz zwischen demjenigen, welcher „zu seinen **Jahren**", und demjenigen, welcher „zu seinen **Tagen**" gekommen ist; jener bedarf eines Vormundes, dieser kann einen Vormund haben, wenn er will. Vgl. über das Nähere **Kraut** I §. 12—16, **Rudorff** I S. 109 fg.

[11] **Kraut** II S. 163, **Rudorff** I S. 116.

[12] R. P. O. a. a. O. (Note 10). **Kraut** II S. 235. 258; **Rudorff** I S. 116.

[1] Tutela, cura defertur. S. z. B. l. 7 pr. D. de cap. min. 4. 5, l. 1 pr. l. 3 pr. l. 6 D. de leg. tut. 26. 4. **§. 433.**

[2] Nach heutigem Recht auch durch Vertrag? S. **Kraut** I §. 28, Be-

1. Zuerst wird zur Vormundschaft berufen der letztwillig Ernannte[3]. Das Recht zur letztwilligen Ernennung hat nur der Vater bez. Großvater 2c., in dessen Gewalt das Kind steht[4]. Die Ernennung muß in einem gültigen und durch Erbschaftsantritt zur Wirksamkeit gelangenden Testament[5], oder in einem testamentarisch bestätigten Codicill geschehen[6]; sie kann nicht auf einzelne Sachen oder Geschäfte beschränkt werden[7]; der Ernannte muß individuell bezeichnet[8], und erbfähig[9] sein. Eine ungültige letztwillige Ernennung kann aber, mit Ausnahme des Falles, wo sie wegen Unfähigkeit des Ernannten ungültig ist (§. 434 Nr. 1. a. c), von der Obervormundschaftsbehörde bestätigt werden[10].

---

seler deutsch. Privatr. §. 146. IV, Holzschuher III S. 775. — Die römische cura hatte nur Einen Berufungsgrund: Ernennung (bez. Bestätigung [Note 10]) durch die Obrigkeit.

3 Dig. 26. 2 Cod. 5. 28 de testamentaria tutela. Glück XXIX S. 197 fg., Rudorff I S. 266 fg., Kraut I S. 258 fg.

4 L. 1. 2 D. h. t., l. 73 §. 1 D. de R. I. 50. 17, §. 3. 4 I. de tut. 1. 13; Gai. I. 144—146, Ulp. XI. 15. Dieses Recht des Vaters war durch die 12 Taf. garantirt, Ulp. XI. 14, l. 1 pr. D. h. t, l. 53 pr. l. 120 D. de V. S. 50. 16. Ueber und gegen die Ansicht, daß durch die R. P. O. a. a. O. (§. 432 Note 10) die Mutter dem Vater gleichgestellt worden sei, s. Kraut I S. 259 fg.

5 Erforderlichkeit der Erbeseinsetzung: l. 53 pr. D. de V. S. 50. 16; — des Erbschaftsantritts: l. 9 D. h. t., l. 45 §. 1 D. de excus. 27. 1. Ist es noch ungewiß, ob der Erbschaftsantritt erfolgen wird, so wird ein interimistischer Vormund durch die Obrigkeit ernannt, l. 10 pr. D. h. t. (Note 25).

6 L. 3 pr. D. h. t. — Bedarf auch die Ernennung selbst einer Form? L. 1 §. 1 D. de conf. tut. 26. 3 schließt verba precativa aus (vgl. Gai. II. 289); aber nach l. 15 C. de test. 6. 23 und l. 21 C. de leg. 6. 37 muß wohl jeder Ausdruck des Willens des Erblassers für genügend gehalten werden; s. auch l. 8 C. h. t. Rudorff I S. 308. A. M. Sintenis §. 147 Anm. 10. — Anwendung des Libonianischen Senatsschlusses: l. 29 D. h. t., l. 18 §. 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10.

7 L. 12—15 D. h. t., §. 4 I. qui test. 1. 14. Rudorff I S. 287 fg. — Beschränkung durch Bedingung und Befristung ist zuläßig: l. 8 §. 1. 2 l. 11 pr. D. h. t, §. 3 I. qui test. 1. 14.

8 L. 20 pr. D. h. t., §. 27 I. de leg. 2. 20.

9 L. 21 D. h. t.

10 Dig. 26. 3 de confirmando tutore vel curatore. Cod. 5. 29 de confirmando tutore. Einzelne Fälle der Bestätigung aus den Quellen: l. 1 §. 1 D. h. t., l. 13 §. 12 D. de excus. 27. 1.; §. 5 I. de tut. l. 13, l. 7 pr. D. l. 4 C. h. t., Nov. 89 c. 14, l. 2. 4 D. h. t.; l. 3 D. l. 2 C. h. t.; l. 6 D.

Diese Bestätigung erfolgt, wenn die Ernennung vom Vater ꝛc. ausgegangen ist, ohne Weiteres, wenn nur der Ernannte tauglich ist[11], wenn von der Mutter, bloß unter der Voraussetzung gleichzeitiger Erbeseinsetzung des Kindes durch dieselbe[12]; wenn von einem Fremden, nur unter dieser und der ferneren Voraussetzung, daß das Kind kein weiteres Vermögen hat[13]. Die Bestätigung ist nicht bloß Recht, sondern auch Pflicht der Obervormundschaftsbehörde[14].

---

h. t., l. 40 D. de adm. 26. 7; l. 29 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 §. 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10; l. 26 l. 31 D. de test. tut. 26. 2. — Der Ausdruck confirmatio, obgleich in den Quellen durchgehends gebraucht, und daher auch hier in der deutschen Bezeichnung festgehalten, ist ungenau. Durch die confirmatio wird nicht die letztwillige Ernennung zu einer gültigen gemacht, sondern der confirmirte Vormund ist ein obrigkeitlich berufener, l. 26. §. 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 §. 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10. Dieß (obgleich bestritten, vgl. Rudorff I S. 329 fg., Vangerow §. 264 Anm. a. E., Sintenis §. 147 Note 39) ist deßwegen nicht weniger wahr, weil er auf Grund des, wenn auch ungültigen, letzten Willens in einzelnen Beziehungen behandelt wird, wie ein letztwillig berufener, l. 11 pr. D. h. t., l. 32—34 D. de excus. 27. 1, l. 5 §. 2 D. de his quae ut ind. 34. 9, l. 2. 3 l. 11 §. 1 D. h. t.; Vat. fr. §. 159. 211. 246. Die Analogie der l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 (I §. 83 Nr. 2) hier zur Geltung zu bringen, ist äußerst bedenklich. Aber während sonst die obrigkeitliche Berufung nur in Ermangelung der gesetzlichen eintritt, tritt sie hier vor derselben ein: hierin liegt die rechtliche Bedeutung der Confirmation.

[11] Nach römischem Rechte wurde in diesem Falle auch die Tauglichkeit des Ernannten einer weiteren Prüfung nicht unterzogen, l. 1 §. 2 D. h. t., §. 5 I. de tut. 1. 13. Anders nach heutigem Recht, nach welchem ohne eine solche Prüfung überhaupt kein Vormund zugelassen wird (§. 436 Note 2).

[12] L. 4 D. de test. tut. 26. 2, l. 4 C. eod. 5. 28 (Vangerow I S. 493).

[13] L. 4 vgl. l. 5 D. h. t. Fremder ist auch der Vater gegenüber dem unehelichen Kinde, l. 7 pr. D. h. t. (Rudorff I S. 317 Note 11, Vangerow I S. 492), Nov. 89 c. 14.

[14] In einigen Stellen wird zwar nur gesagt, daß die Obrigkeit bestätigen dürfe, oder zu bestätigen pflege, l. 1 §. 1. 3 l. 4 D. l. 2 C. h. t. Aber andere Stellen reden zu bestimmt von einem Bestätigenmüssen, als daß an dem im Text aufgestellten Satz gezweifelt werden dürfte. S. §. 5 I. de tut. 1. 13, l. 3. 6 D. l. 4 C. h. t., l. 26 §. 2 D. test. tut. 26. 2, l. 18 §. 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10.; vgl. auch l. 16 D. de cur. fur. 27. 10, l. 7 §. 5 C. eod. 5. 70. Das Gewicht dieser Stellen wird auch durch l. 3 C. h. t. nicht aufgehoben, zu welcher zu vergleichen sind die Stellen in §. 437 Note 15. — Andere unterscheiden je nach den verschiedenen Fällen der Ungültigkeit zwischen einer

2. Gesetzliche Berufung [15] tritt ein: a) wenn gar keine letztwillige Ernennung vorliegt, oder die vorliegende ungültig ist und nicht bestätigt wird [15a]; b) wenn die Wirksamkeit der letztwilligen Ernennung durch eine ihr hinzugefügte Bedingung oder Befristung definitiv ausgeschlossen ist [16]; c) wenn der letztwillig ernannte Vormund stirbt [17]. Wenn dagegen der letztwillig ernannte Vormund ablehnt, oder zur Verwaltung der Vormundschaft untauglich ist oder wird, oder abgesetzt wird, so tritt nicht gesetzliche, sondern sofort obrigkeitliche Berufung ein [18]. — Berufen werden durch das Gesetz die nächsten Verwandten, in derjenigen Ordnung, in welcher sie auch zur Erbschaft berufen werden [19], jedoch mit folgenden Maßgaben. a) Berufen werden nur männliche Verwandte. Es können aber Mutter oder Großmutter nach dem Tode ihrer Ehemänner verlangen, daß ihnen mit Ausschluß

---

confirmatio voluntaria und necessaria (vgl. Glück XXIX S. 281, Rudorff I S. 331, Sintenis III S. 198 in der Anm.); aber diese Unterscheidung findet in den Quellen keine Rechtfertigung, da die Quellen in Beziehung auf einen und denselben Fall sich in wechselnder Weise ausdrücken. — Der Bestätigungspflicht auf Seiten der Obervormundschaftsbehörde entspricht auf Seiten des Ernannten ein Recht auf Bestätigung, welches nöthigenfalls durch Rechtsmittel geltend gemacht werden kann (vgl. §. 435 Note 5).

15 Glück XXIX S. 315 fg., Rudorff I S. 186 fg., Kraut I S. 244 fg.

15a S. Note 10 fg.

16 L. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2, l. 9 §. 2 D. de tutelae 27. 3, §. 1 I. de Atil. tut. 1. 20. Bei Schweben der aufschiebenden Bedingung und vor Eintritt der aufschiebenden Befristung wird durch die Obrigkeit ein interimistischer Vormund ernannt (Note 25).

17 L. 11 §. 3 D. de test. tut. 26. 2, l. 6 D. de leg. tut. 26. 4, §. 2 I. de leg. agn. tut. 1. 15. S. aber auch l. 11 §. 4 D. de test. tut. 26. 2, l. 4 C. in quib. cas. tutorem habenti 5. 36.

18 L. 11 §. 1. 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, l. 17 D. de tut. 26. 1.

19 Das Recht vor der Nov. 118 berief zur Vormundschaft, mit einzelnen Ausnahmen zu Gunsten der Cognaten, die Agnaten (Inst. 1. 15, Dig. 26. 3, Cod. 5. 30, Rudorff I S. 206 fg.); die bezeichnete Novelle aber, nachdem sie bestimmt hat, daß für das Erbrecht lediglich die Cognation entscheiden solle, verfügt in c. 5: — „unumquemque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur, aut solum aut cum aliis etiam functionem tutelae suscipere, nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum seu cognatorum iure . . .“. Vgl. Seuff. Arch. IX. 176.

aller Seitenverwandten die Vormundschaft über ihre Kinder und Enkel obrigkeitlich übertragen werde[20]. b) Vater und Großvater haben ein Ausschlußrecht gegenüber den Geschwistern und Geschwisterkindern[21]; steht der Mündel in ihrer Gewalt, so werden sie vor den Geschwistern berufen[21a]. — Wenn der in der Berufungsordnung zunächst Stehende wegen Unfähigkeit nicht berufen wird,

---

[20] Nov. 118 c. 5, und vgl. die Stellen in §. 435 Note 5. a) Mutter und Großmutter können verlangen, daß ihnen die Vormundschaft obrigkeitlich übertragen werde; das Gesetz beruft sie nicht, sondern gibt ihnen ein Recht auf Berufung. b) Dieses Recht steht ihnen nur zu „amissis viris" und gegen Verzicht auf „aliae nuptiae" (§. 434 Nr. 1. a), l. 2 C. quando mulier 5. 35, Nov. 118 c. 5; daher schließt der Vater die Mutter und der Großvater die Großmutter aus. c) Die Mutter geht dem Großvater vor, die Großmutter concurrirt mit dem Großvater der anderen Linie; denn das Gesetz gibt der Mutter und Großmutter Anspruch auf die Vormundschaft „secundum hereditatis ordinem". Doch sind die Meinungen hier verschieden. Glück S. 59 fg., Vangerow S. 496, Rudorff I S. 258.

[21] Dieses Recht ist in der Nov. 118 c. 5 nicht ausdrücklich anerkannt; aber es lag gewiß nicht in Justinian's Sinne, daß Vater und Großvater in einer schlechteren Lage sein sollten, als Mutter und Großmutter. Er setzt den regelmäßigen Fall voraus, daß ein Bedürfniß zur Vormundschaft sich erst durch den Tod des Inhabers der väterlichen Gewalt ergibt („testamentariis solis tutoribus praecedentibus eas"). Die Analogie der Mutter und Großmutter führt aber über ein dem Vater und Großvater zustehendes Ausschluß**recht** nicht hinaus, so daß also die Berufung der Regel gemäß mit ihnen auch Geschwister und Geschwisterkinder trifft, und die Vormundschafts**pflicht**, wenn Vater und Großvater von ihrem Ausschlußrecht keinen Gebrauch machen wollen, auch diesen letzteren obliegt. — Doch herrscht auch über diesen Punkt keine Uebereinstimmung der Ansichten. Während Andere dem Vater und Großvater allen Vorzug vor den Geschwistern und Geschwisterkindern absprechen, lassen noch Andere umgekehrt zwar nicht den Vater und Großvater überhaupt, aber doch den pater und avus emancipator, mit Ausschluß der Geschwister und Geschwisterkinder **berufen** werden, indem sie nämlich annehmen, daß durch die Nov. 118 zwar die legitima tutela agnatorum, nicht aber die legitima tutela des Emancipators (Inst. 1. 18. 19) aufgehoben worden sei. Aber diese Behauptung ist unvereinbar mit der vollkommenen Gleichstellung der Berufung zur Erbschaft und zur Vormundschaft, welche das Princip der Justinianischen Neuerung bildet (Note 19). Vgl. über die verschiedenen Ansichten Thibaut civil. Abhandl. S. 297 fg., Rudorff S. 243, Vangerow §. 267 Anm., Sintenis §. 147 Anm. 24.

[21a] Dieß ist nach der Art, wie sich l. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61 und l. 7 pr. C. de cur. fur. 5. 70 ausdrücken, nicht zu bezweifeln. Vgl. §. 432 Note 5.

oder wenn der Berufene stirbt, so rückt die gesetzliche Berufung auf den Folgenden weiter, während im Falle der Ablehnung, Untauglichkeit oder Ablehnung des Berufenen sofort obrigkeitliche Berufung eintritt[22].

3. Obrigkeitliche Berufung[23] tritt ein[23a]: a) wenn weder eine letztwillige noch eine gesetzliche Berufung vorliegt[24], oder so lange es noch ungewiß ist, ob eine solche vorliegt[25]; b) wenn der letztwillig oder gesetzlich berufene Vormund[26] die Vormundschaft ablehnt[27], oder zur Verwaltung derselben untauglich ist oder wird[28], oder abgesetzt wird[29]; c) im Fall des Todes des Berufenen nur in Ermangelung einer gesetzlich zu berufenden Person[30]. Die obrigkeitliche Berufung kann nicht unter einer Bedingung oder

---

22 L. 17 D. de tut. 26. 1, l. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, und arg. l. 11 §. 1—3 D. de test. tut. 26. 2.

23 Inst. 1. 20 de Atiliano tutore et eo qui ex lege Iulia et Titia dabatur. Dig. 26. 5 de tutoribus et curatoribus datis ab his qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt. Cod. 5. 34 qui dare tutores vel curatores possunt, et qui dari non possunt. — Glück XXIX S. 400 fg., Rudorff I S. 338 fg., Kraut I S. 278 fg.

23a Der von der Obrigkeit berufene Vormund wird in unseren Quellen als tutor oder curator dativus, seine Tutel als tutela dativa bezeichnet, l. 7 D. rem pup. 46. 6, l. 5 C. de leg. tut. 5. 30, l. 52 pr. C. de ep. et cler. 1. 3. Bei Gai. I. 154 und Ulp. XI. 14 wird auch der im Testamente ernannte Tutor tutor dativus genannt.

24 — „si cui nullus omnino tutor sit". Gai. I. 185, pr. I. h. t. Eine ungültige letztwillige Berufung ist zwar rechtlich keine Berufung, schließt aber auf Verlangen des Bezeichneten die gesetzliche Berufung aus (Note 10). Eine ungültige gesetzliche Berufung gibt es nicht.

25 L. 10 pr. l. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2, §. 1 I. h. t.

26 An und für sich gilt der Grundsatz: tutorem (curatorem) habenti tutor (curator) non datur. L. 9 C. h. t., l. 9 C. qui petant 5. 31, l. 4 C. in quib. cas. 5. 36, l. 10 D. h. t., l. 37 D. de excus. 27. 1; l. 10 C. h. t. Rudorff I S. 377. Aber dieser Grundsatz wird im Bedürfnißfall verlassen. Cod. 5. 36 in quibus casibus tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator dari potest. (Auch schloß er für die Römer die Bestellung eines curator neben einem tutor nicht aus, §. 5 I. de cur. 2. 23.)

27 L. 4 C. tit. cit. 5. 36, l. 11 §. 1 D. de test. tut. 26. 2.

28 §. 5 I. de cur. 1. 23, l. 17 D. de tut. 26. 1, l. 13 pr. eod., l. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, l. 4 C. tit. cit. 5. 36, l. 6 C. de susp. tut. 5. 43.

29 L. 4 C. tit. cit. 5. 36, l. 11 §. 2 D. de test. tut. 26. 2.

30 L. 4 C. tit. cit. 5. 36, l. 11 §. 3 D. de test. tut. 26. 2.

Befristung[31], wohl aber für einen vorübergehenden Bedürfnißfall[32] erfolgen; auch kann sie auf bestimmte Sachen[33] oder Geschäfte[34] beschränkt werden. Zuständig für die Berufung ist das die Obervormundschaft führende Gericht; berufen kann dasselbe nur Personen, welche seinem Gerichtszwang unterworfen sind[35]. Die Berufung erfolgt von Amtswegen[36]; jedoch sind die Intestaterben und Pupillarsubstituten des Mündels verpflichtet[37], um Bestellung eines Vormundes für denselben binnen Jahresfrist nachzusuchen, bei Strafe des Verlustes ihres Erbrechts, wenn der Mündel vor Erreichung der Testamentsmündigkeit gestorben ist[38].

---

31 L. 77 D. de R. I. 50. 17, l. 6 §. 1 D. de tut. 26. 1.

32 S. z. B. l. 10 pr. l. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2; l. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, l. 9 §. 1 D. de tutelae 27. 3; l. 12 pr. D. de excus. 27. 1; l. 1 C. in quib. cas. tut. habenti 5. 36, §. 2 I de excus. l. 25; l. 28 §. 2 D. de excus. 27. 1, l. 2 D. h. t., l. 17 §. 1 D. de appell. 49. 1, l. 7 C. de susp. tut. 5. 43.

33 L. 27 pr D. h. t., l. 21 §. 2—4 D. de excus. 27. 1, l. 2. 11 C. eod. 5. 62, l. 3. 5 C. in quib. cas. tutorum habenti 5. 36, l. 9 §. 9 D. de adm. 26. 7; l. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1.

34 Hierher gehört namentlich der Vormund, welcher gegeben wird, wenn ein Prozeß zwischen dem Mündel und dem ordentlichen Vormund geführt werden soll. Cod. 5. 44 de in litem dando tutore vel curatore, §. 3 I. de auct. tut. 1. 21. Rudorff I S. 389 fg. S. ferner Nov. 72 c. 2; l. 7. 9 D. h. t., l. 61 pr. D. de I. D. 23. 3. (Gai. I. 176—179. 180, Ulp. XI. 10. 22).

35 L. 5 C. h. t., l. 3 D. h. t.; l. 24 D. h. t.

36 R. P. O. v. 1548 Tit. 31 §. 1, v. 1577 Tit. 32 §. 1. Das römische Recht sieht es als die Regel an, daß die Obrigkeit erst auf gestellten Antrag thätig wird. Vgl. mit Rudorff I S. 406 Glück XXX S. 93 fg. Darauf beruht auch, was in den Quellen über die Rangordnung der zur Erbittung eines Vormundes Berechtigten gesagt wird. L. 2. §. 3 D. qui petant 26. 6, l. 4. 10 C. eod. 5. 31. Rudorff I S. 417 fg.

37 Dig. 26. 6 qui petant tutores et ubi petantur. Cod. 5. 31 qui petant tutores vel curatores.

38 L. 2 §. 1. 2 l. 4 D. h. t, l 2 §. 23 sqq. D. ad SC. Tert. 38. 17, §. 6 I. eod. 3. 3, l. 11 C. h. t., l. 10 C. de leg. her. 6. 58, l. 3 C. ad SC. Tert. 6. 56. Die heutige Anwendbarkeit der bezeichneten Strafe ist nicht unbestritten. Vgl. Glück XXX S. 139 fg., Rudorff I S. 435. 436, Kraut I S. 283, Sintenis §. 148 Anm. 96.

β. Fähigkeit und Tauglichkeit zur Vormundschaft*.

§. 434.

Wer unfähig zur Vormundschaft ist, wird vom Gesetz gar nicht berufen, die letztwillige oder obrigkeitliche Berufung eines Unfähigen ist nichtig. Wer untauglich zur Vormundschaft ist, wird trotz der erfolgten Berufung zur Vormundschaft nicht zugelassen, bez. von derselben entfernt [1].

1. Unfähig zur Vormundschaft sind [2]:

a. Personen weiblichen Geschlechts [3]. Jedoch können Mutter und Großmutter nach dem Tode ihrer Ehemänner verlangen, zur Vormundschaft über ihre Kinder und Enkel zugelassen zu werden, wenn sie zu gerichtlichem Protokoll: 1) versprechen, sich nicht wieder verheirathen zu wollen; 2) dem Vellejanischen Senatsschluß und allen anderen weiblichen Rechtswohlthaten entsagen; 3) den Mündeln ihr gesammtes Vermögen ausdrücklich verpfänden [4].

---

§. 434. * Glück XXIX S. 50 fg., Rudorff II S. 17 fg.

[1] Die Neueren (vgl. Glück XXXI S. 192 fg., Rudorff II S. 15, Sintenis §. 146 Anm. 1) sprechen im Fall der Untauglichkeit von einer excusatio necessaria. Diese Bezeichnung, obgleich nicht ohne Anhalt in den Quellen (l. un. C. qui morbo 5. 67, §. 11 I. de excus. 1.25, Vat. fr. §. 202; l. 1 §. 3 D. de post. 3. 1, l. 11 D. de decur. 50. 2), empfiehlt sich insofern nicht, als sie die Vorstellung zu erregen geeignet ist, daß der Untaugliche sich wegen Versäumniß der Vormundschaftspflichten verantwortlich mache, wenn er nicht um Entbindung von der Vormundschaft nachsuche; was nicht richtig ist. L. 13 §. 12 D. de excus. 27. 1 (vv. *aut quos non oportet*). Rudorff II S. 195.

[2] Andere zählen hierher außer den im Folgenden Genannten auch Bischöfe und Mönche, nach Nov. 123 c. 5. Aber das canonische Recht (c. 4 C. 16 qu. 1) hat dieser Novelle das ältere Recht der l. 52 pr. C. de ep. et cler. 1. 3 vorgezogen. S. Glück XXXI S. 300–325, Rudorff II S. 109–111.

[3] L. 1 C. quando mul. 5. 35, l. 18 D. de tut. 26. 1, l. 26 pr. D. de test. tut. 26. 2, l. 1 §. 1 l. 3 §. 4 l. 10 D. de leg. tut. 26. 4, l. 21 pr. D. de tut. dat. 26. 5. Ueber l. 16 pr. D. de tut. 26. 1 s. Rudorff I S. 250 Note 16.

[4] L. 2. 3 C. quando mul. 5. 35, Nov. 22 c. 40, Nov. 94. 155. Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 11. Vgl. §. 433 Note 20. In Betreff der Verpflichtung zur Vermögensverpfändung s. noch I §. 232 Note 4. Ueber uneheliche Kinder s. Emmerich a. a. O. S 208–209, Sintenis §. 146 Anm. 4. — Besonderes Recht der Nov. 117 c. 1: s. §. 517 Note 24.

Schreiten sie gegen ihr Versprechen dennoch zur zweiten Ehe, so verlieren sie die Vormundschaft wieder [5].

b. Minderjährige [6]. Sind dieselben jedoch letztwillig ernannt, so wird ihnen die Vormundschaft bis zur Großjährigkeit aufbewahrt, und einstweilen ein interimistischer Vormund ernannt [7].

c. Soldaten; mit Ausnahme jedoch der von einem Mitsoldaten übertragenen Vormundschaften [8].

2. Die Entscheidung über die Tauglichkeit des Berufenen ist im Allgemeinen dem Ermessen der Obervormundschaftsbehörde überlassen. Dieselbe hat zu erwägen, ob nicht in Beziehung auf den Berufenen ein Grund vorliegt, welcher eine Gefährdung der Interessen des Mündels befürchten läßt [9]. Als einzelne Gründe dieser Art werden in den Quellen genannt [10]: Geistesstörung [11]; Taubheit, Stummheit, Blindheit [12]; Krankheit und Altersschwäche [13]; schlechter Lebenswandel [14]; Armuth [15]; Feindschaft mit dem Mün=

---

[5] Nov. 22 c. 40, Nov. 94 c. 2.

[6] L. 5 C. de leg. tut. 5. 30, §. 13 I. de excus. 1. 25.

[7] L. 32 §. 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, §. 2 I. qui dari 1. 14. Vor Justinian (Note 6) wurde es auch bei der gesetzlichen Berufung so gehalten, l. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, l. 9 §. 1 D. de tutelae 27. 3. Rudorff II S. 21 glaubt, daß es auch nach neuestem Recht so sei. Die Sache ist allerdings nicht zweifellos.

[8] L. 4 C. qui dare 5. 34, l. 23 §. 1 D. de excus. 27. 1; vgl. §. 14 I. de excus. 1. 25. Vangerow S. 502.

[9] L. 3 §. 12 D. de susp. 26. 10: — „et generaliter, si qua iusta causa praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, reiicere eum debebit". §. 5 I. de cur. 1. 23.

[10] Nicht ausdrücklich genannt ist Interdiction wegen Verschwendung; aber es ist keinem Zweifel unterworfen, daß auch diese Untauglichkeitsgrund ist. S. auch l. 12 §. 2 D. de tut. dat. 26. 5 und l. 5 C. de leg. tut. 5. 30. („Cui enim ferendum est, eundem esse tutorem et sub tutela constitui, et iterum, eundem esse curatorem et sub cura agere? Haec certe et nominum et rerum foeda confusio est"). Rudorff II S. 21.

[11] L. 11. 17 D. de tut. 26. 1, l. 10 §. 3 D. de test. tut. 26. 2, l. 12 pr. D. de excus. 27. 1.

[12] L. 1 §. 2. 3 l. 17 D. de tut. 26. 1, l. 10 §. 1 l. 11 D. de leg. tut. 26. 4, l. 3 C. qui dare 5. 34, l. 1 C. qui morbo 5. 67.

[13] L. 13 pr. D. de tut. 26. 1, l. 10 §. 8 D. de excus. 27. 1.

[14] L. 8 §. 10 D. de conf. tut. 26. 3.

[15] L. 6 C. de susp. tut. 5. 43.

del oder dessen Vater[16]; Hinzudrängung zur Vormundschaft[17]; Schuldverhältnisse zwischen Vormund und Mündel[18], mit Ausnahme jedoch der Mutter und Großmutter[19]. — Abgesehen von dem Ermessen der Obervormundschaftsbehörde ist untauglich zur Vormundschaft: a) wer durch die Aeltern des Mündels letztwillig von der Vormundschaft ausgeschlossen ist[20]; b) der Ehemann der Ehefrau, der Bräutigam der Braut, der Schwiegervater der Schwiegertochter gegenüber[21]. [22]

---

[16] L. 3 §. 12 D. de susp. tut. 26. 10, l. 6 §. 17 D. de excus. 27. 1, l. 8. 10 D. de conf. tut. 26. 3, §. 11 I. de excus. 1. 25. Unter denselben Gesichtspunkt gehört §. 12 I. eod., l. 6 §. 18 D. eod. 27. 1, l. 27 §. 1 D. de test. tut. 26. 2 (Streit über den Status zwischen dem Vormund und dem Vater des Mündels oder dem Mündel selbst).

[17] L. 21 §. 6 D. de tut. dat. 26. 5.

[18] Nov. 72 c. 1--4, und daraus Auth. Minores C. qui dare 5. 34. C. 3 cit.: — „ne ex hoc ipso hostem et non curatorem adolescentulo praebeamus". Dieser Untauglichkeitsgrund hat aber folgendes Eigenthümliche: der Berufene soll ihn während der Excusationsfrist (§. 435 Note 3) geltend machen; thut er dieß nicht, so wird ihm zwar die Vormundschaft nicht genommen, aber er verliert zur Strafe seine Forderung, und wird als Schuldner durch Zahlung oder andere Tilgung während der Vormundschaft nicht befreit. Wird der Vormund Gläubiger erst während der Vormundschaft, so wird ihm nur ein anderer Vormund beigeordnet, — „ut custodiat ille, ne fiat adversus adolescentem aut eius substantiam ab eo, qui eum habet obligatum, in medio ulla malignitas (c. 2 cit.)". Vgl. Seuffert „Praktische Bemerkungen über die Vorschriften der Nov. 72", Arch. f. civ. Pr. XII. 16. Seuff. Arch. X. 268, XII. 47.

[19] Nov. 94 pr. c. 1.

[20] L. 21 §. 2 D. de tut. dat. 26. 5, l. un. C. si contra matr. vol. 5. 47.

[21] L. 1 §. 5 D. de excus. 27. 1, l. 4. 17 C. eod. 5. 62, l. 2 C. qui dare 5. 34, vgl. l. 14 D. de cur. fur. 27. 10. Ueber die Meinung, daß nach heutigem Recht (römisches Recht: l. 32 §. 1 D. de adopt. 1. 7, l. 2 C. de interd. matr. 5. 6, l. 3 C. de contr. iud. tut. 5. 58) auch der Stiefvater nicht Vormund seiner Stiefkinder sein könne, s. Glück XXIX S. 121 fg., Rudorff II S. 42. 43, Sintenis §. 147 Anm. 51; Seuff. Arch. XII. 276.

[22] Sehr verbreitet ist in Doctrin und Praxis die Meinung, daß nach heutigem Recht auch Juden nicht Vormünder von Christen sein können. Das römische Recht schließt sie nicht aus, l. 15 §. 6 D. de excus. 27. 1. Aber man beruft sich auf die Analogie von l. 19 C. de Iud. 1. 9 und c. 18 X. de Iud. 5. 6. Glück XXIX S. 109, Rudorff II S. 35.

γ. Ablehnung*.

§. 435.

Die Uebernahme der Vormundschaft ist an und für sich Bürgerpflicht[1]. Doch gibt es Gründe, welche zur Ablehnung der Vormundschaft berechtigen[2]. Ein solcher Ablehnungsgrund muß bei Strafe des Verlustes binnen gehöriger Frist[3] vor der

---

* Inst. 1. 25 de excusationibus tutorum vel curatorum. Dig. 27. 1 de excusationibus. Cod. 5. 62 de excusationibus tutorum et curatorum et de temporibus earum. Cod. 5. 63—69. — Glück XXXI S. 161 fg., XXXII S. 3 fg., Rudorff II S. 43 fg. §. 435.

[1] Die Vormundschaft ist „publicum munus", pr. I. h. t. Ausnahme für den Vater und den Großvater, welche kraft der väterlichen Gewalt berufen werden, §. 432 Note 5, §. 433 Note 21[a]. Bei der Mutter und Großmutter (§. 434 Note 5) ist es noch anders; sie werden gar nicht berufen, wenn sie es nicht verlangen.

[2] Die Ablehnung der Vormundschaft heißt in den Quellen technisch excusatio. Auch die Berechtigung zur Ablehnung, so wie der Grund, auf welchem sie beruht, wird so genannt. — Im älteren römischen Recht konnte man sich von der obrigkeitlichen Vormundschaft auch durch Vorschlag einer passenderen Person (potioris nominatio) befreien. Im Justinianischen Recht ist dieses Institut verschwunden. Rudorff II S. 9. 10. — Wegen l. 13 pr. D. h. t. und §. 16 I. h. t. ist behauptet worden, daß das Recht der Excusation nur gegenüber der letztwilligen und obrigkeitlichen, nicht gegenüber der gesetzlichen Berufung zur Anwendung komme; aber s. l. 2 §. 5 l. 20 l. 30 §. 2 D. h. t., l. 3 § 8 D. de leg. tut. 26. 4, l. 1. 4 C. eod. 5. 30, l. 9 C. qui dare 5. 34, Nov. 118 c. 5, und zur Erklärung der Ausdrucksweise in den oben genannten Stellen l. 1 §. 1 D. quando app. 49. 4. Glück XXXI S. 181 fg., Rudorff II S. 12 fg.

[3] L. 1 §. 1 D. de adm. 26. 7, l. 19 C. eod 5. 37, l. 11 C. h. t. Die Frist ist nach römischem Recht eine gesetzliche, und beträgt: a) für die Anbringung, wenn der Berufene am Berufungsort seinen Wohnsitz hat, 50 Tage; wenn dieß nicht der Fall ist, 30 Tage und für je 20 (römische) Meilen der Entfernung 1 Tag, vorausgesetzt daß sich bei dieser Berechnung mehr als 50 Tage ergeben. Die Frist läuft von dem Tage an, wo der Berufene von der Berufung Kenntniß erlangt hat. Von da wird zwar nicht weiter taugliche Zeit (utile tempus) gerechnet; doch wird es dem Berufenen nachgesehen, wenn er „propter aegritudinem vel aliam necessitatem, puto maris vel hiemis vel incursus latronum vel aliam quam similem", die Frist versäumt hat. L. 13 §. 1—10 D. l. 6 C. h. t., §. 16 I. h. t., l 3 pr. D. de V. S. 50. 16. b) Für die Durchführung der ganzen Sache läuft eine Frist von 4 Monaten, ebenfalls a die scientiae. L. 38. 39 D. h. t. — Daß diese Fristen heutzutage nicht

Obervormundschaftsbehörde[4] geltend gemacht werden, und wird er verworfen[5], so haftet der Vormund auch für die Zwischenzeit[6]. In bestimmten Fällen kann ein an und für sich begründetes Ablehnungsrecht nicht geltend gemacht werden[7]. — Die einzelnen Ablehnungsgründe sind folgende[8].

1. Bekleidung eines obrigkeitlichen Amtes[9].

2. Verwaltung des Vermögens des Fiscus oder des Landesherrn[10].

3. Aufnahme in den geheimen Rath des Landesherrn[11].

---

mehr beobachtet werden, vielmehr die Gerichte eine Frist nach ihrem Ermessen bestimmen, lehren Glück XXXII S. 109, Sintenis §. 148 Note 77, Rudorff II S. 190, Kraut I S. 243.

[4] L. 2. 6 C. h. t.

[5] Rechtsmittel: l. 13 pr. D. h. t., l. 3. 6 C. eod.; l. 1 §. 2 D. quae sent. 49. 8, Cod. 5. 63, §. 20 I. h. t., l. 11 §. 2 D. de min. 4. 4. Vgl. l. 37 D. h. t.

[6] L. 20 l. 39 §. 6 D. de adm. 26. 7, l. 15. 22 C. h. t.

[7] Diese Fälle, welche sich sämmtlich mehr oder minder dem Gesichtspunkte des Verzichtes unterordnen, sind folgende: a) der Vormund hat dem Vater des Mündels versprochen, sich der Vormundschaft unterziehen zu wollen, l. 15 §. 1 D. h. t., §. 9 I. h. t.; b) er hat die Vormundschaft bereits zu führen begonnen, l. 2 C. si tut. vel cur. 5. 63, Vat. fr. §. 154; c) er hat seine Ernennung im Testament eigenhändig geschrieben, l. 29 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 §. 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10; d) er hat ein ihm in dem ernennenden letzten Willen ausgesetztes Vermächtniß angenommen, l. 5 §. 2 D. de his quae ut ind. 34. 9. Von der andern Seite verliert der Vormund auch alles ihm in seiner Eigenschaft als Vormund Hinterlassene, wenn er der letztwilligen Ernennung gegenüber von einer ihm zustehenden Ablehnung Gebrauch macht. L. 5 §. 2 cit., l. 32—36 pr. D. h. t., l. 27 eod., l. 28 pr. D. de test. tut. 26. 2, l. 3 D. de iure patr. 37. 14, l. 111 D. de leg. I° 30.

[8] Heutzutage unanwendbar sind die in l. 6 §. 13 D. h. t., l. 8 §. 12 eod., l. 17 §. 1 eod., l. 17 §. 2. 3 l. 26 l. 41 §. 3 l. 46 D. l. 24 C. h. t., l. 13 C. qui dare 5. 34 genannten Ablehnungsgründe. Ebenso unanwendbar ist der römische Satz, daß der tutor des impubes nicht curator des minor zu werden brauche (§. 18 I. l. 16 D. l. 20 C. h. t.), weil heutzutage die Erreichung der Pubertät einen Wechsel in der Person des Vormundes nicht begründet (§. 432 Note 11). Kraut II S. 163 fg.

[9] §. 3 I. h. t., l. 6 §. 14 l. 17 §. 4. 5 l. 22 §. 1 l. 41 §. 1 D. h. t., l. 6 §. 16 l. 23 pr. eod. Zu l. 22 §. 1 cit. vgl. Vat. fr. §. 136.

[10] §. 1 I. h. t, l. 41 pr. D. l. 10 C. h. t. Vgl. l. 8 C. h. t.; Seuff. Arch. XII. 46.

[11] L. 30 D. h. t., l. 11 §. 2 D. de min. 4. 4.

4. Abwesenheit in Staatsangelegenheiten; auch nach der Rückkehr dauert dieser Ablehnungsgrund noch ein Jahr lang[12].

5. Geistliches Amt[13].

6. Oeffentliche wissenschaftliche Lehrthätigkeit oder ärztlicher Beruf[14].

7. Ehrenvolle Entlassung aus dem Kriegsdienst nach vollendeter Dienstzeit; frühere Entlassung, nach dem fünften Jahre, gibt nur Befreiung auf Zeit[15].

8. Eine größere Anzahl leiblicher Kinder[16]. Enkel von einem verstorbenen Sohne zählen für Eine Person, Enkel von Töchtern gar nicht[17]; Kinder, welche vor dem Feinde geblieben sind, werden mitgezählt[18].

9. Drei nicht aus freien Stücken übernommene Vormundschaften in demselben Hause, so daß also die von den Söhnen geführten Vormundschaften, für welche der Vater haftet (§. 444 Note 6), mit gerechnet werden[19]. Doch ist, was die Zahl der Vormundschaften angeht, dem Ermessen der Obervormundschaftsbehörde freier Spielraum gelassen[20].

---

12 §. 2 I. h. t., l. 10 pr. — §. 3 D. h. t., l. 2 C. si tutor vel curator reipublicae causa aberit 5. 64, vgl. l. 38 §. 1 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 4 D. de vac. 50. 5.

13 L. 52 pr. C. de ep. et cler. 1. 3. Vgl. §. 434 Note 2.

14 §. 15 I. h. t., l. 6 §. 1—12 D. h. t. In Betreff von l. 1. 2 C. de excusationibus artificum 10. 65 s. Rudorff II S. 132.

15 L. 8 D. h. t., Cod. 5. 64 de excusationibus veteranorum. Gegen Söhne und Töchter von Kameraden wirkt die Befreiung nur ein Jahr lang, nach dieser Zeit nur so weit, daß nicht mehr als eine Vormundschaft auf einmal übernommen zu werden braucht, l. 8 pr. D. h. t., §. 10. 11 I. h. t.

16 Nach römischem Recht in Rom 3, in Italien 4, in den Provinzen 5. Pr. I. h. t., l. 2 §. 2—8 l. 36 §. 1 l. 37 D. h. t., l. 1. 2 C. qui numero liberorum se excusant 5. 66. Heutzutage nimmt man gewöhnlich die Zahl von 5 an. Glück XXXI S. 224, Rudorff II S. 146. 147. Vgl. aber auch Sintenis §. 148 Anm. 35. — Als Belohnung der Kindererzeugung im Sinne der lex Iulia und Papia Poppaea darf diese Befreiung nicht aufgefaßt werden. Vat. fr. §. 170. Daher wird auch ihre heutige Anwendbarkeit mit Unrecht bezweifelt. Seuff. Arch. IX. 175, XVII. 66.

17 Pr. I. h. t. l. 2 §. 7 D. h. t.

18 Pr. I. h. t., l. 18 D. h. t.

19 §. 5 I. h. t., l. 2 §. 9 — l. 6 pr. l. 15. §. 15 16 l. 31 D. h. t., Cod. 5. 69 qui numero tutelarum.

20 L. 17 pr. l. 31 §. 4 D. h. t.

10. Verschiedenheit des Wohnorts, oder zu große Entfernung des zu verwaltenden Vermögens[21].

11. Armuth, welche Thätigkeit in fremden Angelegenheiten nicht gestattet[22].

12. Krankheit, welche die Besorgung der eigenen Angelegenheiten hindert[23].

13. Alter von 70 Jahren[24].

14. Mangel der zu einer Geschäftsführung erforderlichen Fähigkeiten[25].

15. Ernennung durch den Vater aus Feindschaft[26]. —

Zur Niederlegung einer bereits übernommenen Vormundschaft berechtigen von diesen Gründen nur die unter Nr. 3. 10. 11 genannten[27], und der unter Nr. 4 genannte dann, wenn die Abwesenheit eine Abwesenheit jenseit des Meeres ist, sonst gilt die Befreiung nur für die Dauer der Abwesenheit[28]. Ferner berechtigt zur Niederlegung der Vormundschaft Veränderung des Wohnsitzes auf Befehl des Landesherrn, wenn dieser die Vormundschaft gekannt hat[29].

δ. Antritt*.

§. 436.

Der zur Vormundschaft (gültig) Berufene ist Vormund durch die Berufung; er wird nicht erst Vormund durch die Erklärung,

---

21 L. 46 §. 2 l. 10 §. 4 l. 21 §. 2. 3 D. l. 11 C. h. t. Glück XXXII S. 59 fg., Rudorff II S. 171 fg., Sintenis §. 148 Nr. 7.

22 §. 6 I. h. t., l. 7 l. 40 §. 1 D. h. t., l. 6 §. 19 eod. (Rudorff II S. 54). Vgl. §. 434 Note 15.

23 §. 7 I. h. t., l. 10 §. 8 l. 45 §. 4 D. h. t., Cod. 5. 67 qui morbo se excusant. Vgl. §. 434 Note 12. 13.

24 §. 13 I. h. t., l. 2 pr. D. h. t., l. 3 D. de iure immun. 50. 6, Cod. 5. 68 qui aetate se excusant. Ueber l. 3 C. qui aetate vel professione se excusant 10. 49 f. Glück XXXII S. 55 fg., Rudorff II S. 48 fg.

25 §. 8 I. h. t., l. 6 §. 19 D. h. t. Glück XXIX S. 114 fg., Rudorff II S. 54 fg.

26 §. 9 I. h. t.

27 L. 11 §. 2 D. de min. 4. 4, l. 11. 40 D. h. t.

28 L. 11 §. 2 D. de min. 4. 4, l. 10 §. 2 D. h. t., l. 1 C. si tut. vel cur. respublicae causa aberit 5. 64.

29 L. 12 §. 1 D. h. t.

die Vormundschaft übernehmen zu wollen. Daher liegt die Vormundschaftspflicht ihm von der Zeit an ob, wo er von der Berufung erfahren hat[1]. Da er aber nach heutigem Recht die Befugniß zur Verwaltung der Vormundschaft erst durch die von der Obervormundschaftsbehörde für ihn ausgefertigte Bestallung erlangt[2],[3] so besteht heutzutage die ihm vorher obliegende Pflicht auch nur in der ungesäumten Auswirkung dieser Bestallung[4]. — Bei der Bestallung muß der Vormund die Erfüllung der vormundschaftlichen Pflichten eidlich angeloben[5]; er muß ferner dem Mündel Sicherheit leisten[6], und über das vorhandene Vermögen ein öffentliches Verzeichniß errichten[7].

---

* Glück XXX S. 152 fg., Rudorff II S. 211 fg., Kraut I S. 242 fg., II S. 118 fg. §. 436.

1 L. 1 §. 1 l. 5 §. 10 l. 17 l. 58 §. 2 D. de adm. 26. 7, l. 8 C. eod. 5. 37, l. 5 C. de peric. 5. 38.

2 R. P. O. Tit. 32 (31) §. 2: — „Daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben, sich der Vormundschafft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihme dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen". S. g. confirmatio iuris Germanici, im Gegensatz der römischen Confirmation, durch welche der Mangel einer ungültigen letztwilligen Berufung geheilt werden kann (§. 433 Note 10 fg.). Glück XXIX S. 305 fg., Rudorff II S. 211—213, Kraut I S. 235 fg. Die römische Confirmation ist Bedingung der Berufung; die deutsche setzt geschehene Berufung voraus. Daher macht die Unterlassung der Nachsuchung um die römische Confirmation nicht verantwortlich, wohl die Unterlassung der Nachsuchung um die deutsche. Dieß ist nicht gehörig gewürdigt bei Kraut I S. 258. 262. Thatsächlich fallen allerdings beide Confirmationen, wo die eine und die andere vorkommt, zusammen. — Das für den Vormund ausgefertigte Decret nennt man tutorium oder curatorium.

3 Eine Ausnahme macht man für den kraft der väterlichen Gewalt eintretenden Vater oder Großvater (§. 432 Note 5, §. 433 Note 21[a]). Rudorff I S. 182, Sintenis III §. 141 Note 52 a. E. Eine Ausnahme pflegt man ferner für den Fall der Noth zu gestatten. Glück XXIX S. 306. 313, Kraut I S. 239.

4 Abgesehen von dem Fall der Noth (Note 3). Vgl. l. 7 pr. D. de adm. 26. 7.

5 R. P. O. Tit. 32 (31) §. 3; l. 7 §. 4—7 C. de cur. fur. 5. 70, Nov. 72 c. 2. 8. Rudorff II S. 229.

6 Das römische Recht erließ die Caution dem tutor testamentarius und a magistratu ex inquisitione datus (pr. I. de satisd. tut. 1. 24); aber die R. P. O. Tit. 32 (31) §. 2. 3 hat ausdrücklich vorgeschrieben, daß „ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht,

b. Beendigung der Vormundschaft*.

§. 437.

Die Vormundschaft wird beendigt:

1) durch den Tod des Vormundes oder des Mündels[1];

2) dadurch, daß der Mündel großjährig wird[2], oder für großjährig erklärt wird[3], für gewisse Erwerbe auch dadurch, daß er unter väterliche Gewalt tritt[4]; [5]

---

oder Richter gegeben . . . rechtmäßige genugsame Caution und Versicherung thue". Wegen der letzteren Worte verlangt man heutzutage nicht mehr, wie das römische Recht thut (l. 4 §. 1 D. rem pup. 46. 6, l. 7 D. de stip. praet. 46. 5), Caution durch Bürgschaft, sondern läßt auch Pfandbestellung zu. Glück XXX S. 161 fg., Rudorff II S. 213 fg., Kraut II S. 122 fg.

[7] L. 24 C. de adm. 5. 37, l. 13 C. arb. tut. 5. 51, R.P.O. Tit. 32 (31) §. 3. Die Strafe der Versäumung ist Absetzung und Zulassung des Mündels zum Würderungseid, l. 7 pr. D. de adm. 26. 7, l. 4 C. de in lit. iur. 5. 53, l. 13 §. 1 C. arb. tut. 5. 51. Befreiung durch Verfügung des das Vermögen hinterlassenden Erblassers: l. 13 §. 1 C. arb. tut. 5. 51. Glück XXX S. 184—215, Rudorff II S. 242 fg., Kraut II S. 121—122. Seuff. Arch. V. 192, VI. 225.

§. 437. * Inst. 1. 22 quibus modis tutela finitur. Cod. 5. 60 quando tutores vel curatores esse desinant. — Glück XXXI S. 129 fg., Rudorff III S. 120 fg. S. 232 fg., Kraut II S. 162 fg.

[1] L. 4 pr. D. de tutelae 27. 3, §. 3 I. h. t., l. 16 §. 1 D. de tut. 26. 1, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19, l. 1 C. si quis ign. 5. 73. — Capitis diminutio nach römischem Recht: §. 1. 4 I. h. t., l. 14 pr. — §. 2 D. de tut. 26. 1, l. 7 pr. D. de cap. dim. 4. 5 (s. über diese Stelle die bei Vangerow §. 288 Anm. Genannten, und diesen selbst).

[2] L. 4 pr. D. de tutelae 27. 3, pr. I. h. t.; §. 432 Note 10.

[3] L. 3 C. qui veniam 2. 45. Glück XXXI S. 145 fg., Kraut II S. 168 fg.

[4] Für das s. g. peculium adventicium ordinarium, nicht für das peculium adventicium extraordinarium und für das peculium castrense und quasi castrense. Vgl. l. 14 pr. D. de tut. 26. 1, §. 1 I. h. t., und §. 432 Note 5.

[5] Kraut II S. 172 fg. behauptet, daß die Vormundschaft auch durch die Verheirathung des Mündels aufhöre (bei der Frau abgesehen davon, ob sie unter eheliche Vormundschaft trete oder nicht), mit Berufung auf älteres deutsches Recht (a. a. O. S. 89 fg.) bez. gemeines Gewohnheitsrecht (S. 178. 181). Dawider Seuff. Arch. VII. 276, XIII. 99. Vgl. aber auch das. XVI. 96.

3) dadurch, daß die Beschränkung sich geltend macht, unter welcher die Berufung erfolgt ist[6];

4) durch Ablehnung und Niederlegung der Vormundschaft, wo dieselbe gestattet ist (§. 435)[7];

5) durch Absetzung des Vormundes[8]. Dieselbe wird durch die Obervormundschaftsbehörde von Amtswegen verfügt[9], wenn der Vormund durch seine Arglist oder seine Nachlässigkeit das Wohl des Mündels gefährdet[10], oder sein Lebenswandel von der

---

6 Eintritt der auflösenden Bedingung, unter welcher, des Zeitpunktes, bis zu welchem der Vormund im Testamente ernannt ist: l. 14 §. 3. 5 D. de tut. 26. 1, §. 5 I. h. t. Wegfall des Bedürfnißfalles, für welchen, Beendigung des Geschäftes, für welches die Obrigkeit einen Vormund bestellt hat: §. 433 Note 32. 34.

7 Es wird behauptet, daß nicht schon durch die Excusation selbst (richterliche Anerkennung derselben), sondern erst durch die Ernennung eines neuen Vormundes die Vormundschaft des Excusirten aufhöre. v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzg. III S. 46 fg., Rudorff II S. 403. Diese Behauptung wird aber weder durch die übrigen Quellenzeugnisse bewiesen, welche man für dieselbe geltend gemacht hat, noch auch durch Gai. I. 182, wo „dato" auf Restitution beruht, und Huschke „casu" liest. Uebrigens hört jedenfalls mit dem zuerst bezeichneten Zeitpunkt, wie auch anerkannt wird, Recht und Pflicht der Vormundschaft auf, und so ist die ganze Frage sehr unpraktisch. Vgl. noch Sintenis §. 147 Anm. 69.

8 Inst. 1. 26 Dig. 26. 10 Cod. 5. 43 de suspectis tutoribus vel (et) curatoribus. — Glück XXI S. 41 fg., Rudorff III S. 176 fg., Kraut I S. 402—405.

9 R. P. O. Tit. 32 (31) §. 3: — „indeme dann alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher, und unserer Kayserlichen Gebott, sonders fleißiges Auffsehens zu thun, aus tragendem Ampt sich schuldig erkennen, und darumb keines Vormünders Fahrlässigkeit, noch weniger Vervortheilung bey seinem Pflegkind, oder dessen Gütern ungestraft hingehen lassen sollen". Unter den „Obrigkeiten", von welchen hier gesprochen wird, können keine anderen gemeint sein, als die im Vorhergehenden genannten, welche den Vormund ansetzen, bestellen, und zur Rechnungsablage anhalten sollen. Nach römischem Recht war die „suspecti cognitio" Attribut der ordentlichen höheren Gerichtsbarkeit, trat aber von Amtswegen nur außerordentlicher Weise ein, setzte vielmehr regelmäßig eine „suspecti accusatio" voraus. Rudorff a. a. O. Ausgeschlossen ist die letztere auch heutzutage nicht. Vgl. Glück XXXI S. 95. 128, Kraut S. 404. — Auch hier (vgl. Note 7) streitet man, ob schon die Absetzung, oder erst die Einsetzung des Vormundes die Vormundschaft beendige (Rudorff III S. 198), obgleich hier l. 14 §. 4 D. de tut. 26. 1 den Zweifel hätte ausschließen sollen.

10 §. 5. 6. 10 I. h. t., l. 3 §. 5. 16—18 l. 4 §. 4 l. 7 §. 1. 3 D. h. t., l. 1—6 l. 9 C. eod.

Art ist, daß eine solche Gefährdung zu befürchten steht[11], oder die Mutter oder Großmutter, ohne vorher die Vormundschaft niedergelegt zu haben, zur zweiten Ehe schreitet[12]. Auch wegen bloßer Unfähigkeit kann Absetzung erfolgen[13]; die Obervormundschaftsbehörde kann sich aber in diesem Falle auch auf die mildere Maßregel beschränken, den Unfähigen einfach zu ersetzen[14], oder ihm einen Nebenvormund beizuordnen[15]. Aus bewegenden Gründen kann sie diese mildere Maßregel selbst im Falle der Arglist eintreten lassen[16].

c. Rechtsverhältniß.

α. Verpflichtungsverhältniß zwischen Vormund und Mündel*.

aa. Im Allgemeinen.

§. 438.

Die Verpflichtungen, welche die Vormundschaft für den Vormund, wie für den Mündel erzeugt[1], stehen unter freiem richterlichen Ermessen[2]. Der Hauptsache aber nach ist:

---

11 §. 13 I. h. t. „Suspectum etiam eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit". L. 8 D. h. t.

12 Nov. 22 c. 40 i. f., Nov. 94 c. 2 i. f.

13 L. 3 §. 18 D. h. t. nennt: segnities, rusticitas, inertia, simplicitas, ineptia. S. auch l. 3 §. 12 eod.

14 L. 17 D. de tut. 26. 1.

15 §. 5 I. de cur. 1. 23, l. 13 pr. D. de tut. 26. 1, l. 10 §. 8 D. de excus. 27. 1, l. 6 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. IV. 129.

16 L. 1 §. 5 l. 3 §. 18 l. 9 D. h. t. Absetzung wegen Arglist hatte nach
§. 438. römischem Recht Infamie zur Folge, §. 6 I. h. t., l. 3 §. 18 cit., l. 9 C. h. t.

* Dig. 26. 7 de administratione et periculo tutorum et curatorum, qui gesserint vel non, et de agentibus et conveniendis uno vel pluribus; 27. 3 de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione; 27. 4 de contraria tutelae et utili actione. Cod. 5. 37 de administratione tutorum vel curatorum, et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda; 5. 38 de periculo tutorum et curatorum; 5. 51 arbitrium tutelae; 5. 58 de contrario iudicio tutelae.

1 Den Verpflichtungen aus der tutela dienten bei den Römern die actio tutelae directa und contraria. Die actio aus der cura minoris wurde zwar äußerlich nicht an die actio tutelae, sondern an die actio negotiorum gestorum angeschlossen (l. 4 §. 3 l. 13 i. f. D. de tutelae 27. 3, l. 1 C. quod cum eo 4. 26, l. 7 C. arb. tut. 5. 51, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19), aber in allem Wesentlichen, und namentlich was den Grad der vom Vormund zu präftirenden Sorgfalt angeht, wie die actio tutelae behandelt (l. 33 pr. D. de adm.

1) der Vormund verpflichtet, die Interessen des Mündels in allen Beziehungen nach besten Kräften wahrzunehmen[3], namentlich das Vermögen des Mündels zu verwalten, und dasselbe dem Mündel nach beendigter Vormundschaft auf Grund einer von ihm zu legenden Rechnung herauszugeben[4]. Bei Allem, was der Vormund thut oder nicht thut[4a], haftet er nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen derjenigen Nachlässigkeit, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt[5]; in Ausnahmefällen steigert oder mindert sich seine Verantwortlichkeit[6]. Im Fall der Arglist und groben Nachlässigkeit wird der Mündel zum Würderungseid

---

26. 7, Nov. 72 c. 8, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19, s. ferner l. 25 D. de tutelae 27. 3, l. 20 C. de adm. 5. 37), so daß sie andererseits doch wieder utile tutelae iudicium (l. 2 C. de her. tut. 5. 54), ja geradezu tutelae iudicium (l. 3 C. arb. tut. 5. 51) genannt wird. In l. 11 D. de auct. 26. 8 ist von einem tutelae curationisve iudicium, in Rubr. titt. Dig. 27. 3. 4 von einer utilis curationis causa actio die Rede. Nur in Einer Beziehung erkannte das römische Recht zwischen der Klage gegen den tutor und der Klage gegen den curator einen materiellen Unterschied an; aber auch dieser hat für das heutige Recht keine Geltung mehr. S. darüber Note 17.

2 Die actiones tutelae sind actiones bonae fidei, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 38 pr. D. pro soc. 17. 2.

3 R. P. O. Tit. 32 (31) §. 3: — „alles . . handeln, das einem getreuen vormünder eignet und zustehet".

4 L. 1 §. 3 D. de tutelae 27. 3, l. 9 C. arb. tut. 5. 51. Seuff. Arch. X. 63.

4a Daß nach römischem Recht der Vormund, welcher sich der Vormundschaft gar nicht angenommen hat, nur mit einer utilis actio haftet (l. 4 §. 3. 7 D. rem pup. 46. 6, l. 39 §. 11 D. de adm. 26. 7, l. 37 §. 1 D. de excus. 27. 1), hat lediglich rechtshistorische Bedeutung. Vgl. Rudorff III S. 8—10.

5 L. 1 pr D. de tutelae 27. 3. „In omnibus, quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestand dolum et culpam et quantam in rebus suis diligentiam". L. 57 pr. D. de adm. 26. 7 (Vangerow §. 274), Nov. 72 c. 8. Der Vormund haftet also an und für sich auch für levis culpa, er kann sich nur im Falle einer solchen durch einen Gegenbeweis befreien (§. 265 Nr. 6). So erklären sich Stellen wie l. 10 l. 33 pr. l. 39 §. 7 D. de adm. 26. 7, l. 23 C. eod. 5. 37, l. 7 C. arb. tut. 5. 51; l. 4 D. de mag. conv. 27. 8. Ueber die Stellen, welche andererseits die Verpflichtung des Vormundes auf lata culpa zu beschränken scheinen (l. 2 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. si tutor vel cur. non gesserit 5. 55), s. Hasse Culpa S. 265—268, Rudorff III S. 70. 74. Ueber das Ganze: Hasse a. a. O. S. 253 fg., Rudorff S. 69 fg.

6 Er haftet ohne die bezeichnete Milderung, wenn er sich zur Vormundschaft

zugelassen[7]; wegen Unterschlagung trifft den Vormund die Strafe des doppelten Sachwerths[8]. Die Erben des Vormundes können aus der gewöhnlichen Nachlässigkeit desselben nicht in Anspruch genommen werden[9]. — Der für eine spezielle Thätigkeit bestellte

---

zugedrängt hat, l. 53 §. 3 D. de furt. 47. 2. Er haftet bloß für lata culpa beim Ankauf von Grundstücken für Mündelgeld, l. 7 §. 2 D. de adm. 26. 7. Allerdings ist diese letztere Ausnahme äußerst befremdend; allein eine andere Erklärung der l. 7 §. 2 cit. scheint nicht möglich. Vgl. Hasse a. a. O. S. 264, Glück XXX S. 259, Rudorff III S. 75; jedoch auch Sintenis §. 149 Anm. 35 a. E. Eine andere Ausnahme nach derselben Richtung wird von Manchen aus l. 2 C. arb. tut. 5. 51 hergeleitet; s. darüber Note 5. Glück XXX S. 260. Daß der Vormund auch dann nur wegen lata culpa in Anspruch genommen werden kann, wenn ihm die weitere Verhaftung gültigerweise erlassen worden ist (l. 41 D. de adm. 26. 7, l. 20 §. 1 D. de lib. leg. 34. 3, vgl. l. 9 eod., l. 119 D. de leg. I⁰ 30, l. 72 §. 3 D. de cond. 35. 1), ist nichts Besonderes; daß aber ein solcher Erlaß gültig auch durch den Vater bei Ernennung des Vormundes geschehen könne, ist ein Satz, welcher zwar in l. 5 §. 7 D. de adm. 26. 7 anerkannt ist (lata culpa = dolus), aber für das heutige Recht, nach welchem die väterliche Ernennung den Vormund auch nicht von der Caution zu befreien im Stande ist (§. 436 Note 6), über das vom Vater hinterlassene Vermögen hinaus keine Geltung mehr beanspruchen kann. Vgl. Glück XXX S. 263 fg., Rudorff III S. 108 fg., auch Kraut II S. 154.

7 L. 2 §. 1 l. 5 pr. §. 3 l. 8 D. de in lit. iur. 12. 3; Cod. 5. 53 de in litem iurando.

8 Das römische Recht gab für diesen Fall eine besondere actio, die actio de rationibus distrahendis. L. 1 §. 19 — l. 2 D. de tutelae 27. 3, l. 55 §. 1 D. de adm. 26. 7. Glück XXXII S. 207 fg., Rudorff III S. 2 fg. Was die heutige Geltung dieser Strafe angeht, so müßte an und für sich behauptet werden, daß sie durch die heutzutage eintretende öffentliche Bestrafung der Unterschlagung absorbirt worden sei (§. 326 Note 4[a]), wenn sie nicht durch die R. P. O. v. 1577 Tit. 32 §. 3 („alles bey Vermeidung der Straff gemeiner Recht") bestätigt worden wäre. A. M. Kraut II S. 159, welcher aber das gedachte Argument nicht berührt. A. M. auch Sintenis §. 150 Anm. 1, welcher die angeführten Worte der R. P. O. auf die accusatio suspecti gedeutet wissen will, ohne sich, wie es scheint, zum Bewußtsein zu bringen, daß es an ihm wäre, diese Beschränkung zu beweisen.

9 L. 12. 49 D. de O. et A. 44. 7, l. 8 §. 1 D. de fid. tut. 27. 7; l. 4 D. de mag. conv. 27. 8, l. 39 §. 6 D. de adm. 26. 7, l. 1 C. de her. tut. 5. 54, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19. Anders natürlich (I §. 124 Note 15), wenn der Prozeß gegen den Vormund bereits begonnen hatte, l. 1 C. cit. Ueber den Schluß dieser Stelle s. Hasse Culpa Anh. I, Glück XXX S. 276 fg., Rudorff III S. 42 fg.

Vormund (§. 433 Note 33. 34) haftet natürlich nur für diese Thätigkeit.

2. Der Mündel ist verpflichtet[10], dem Vormund Alles, und zwar mit Zinsen[11], zu ersetzen, was der Vormund bei der Führung der Vormundschaft[12] im Interesse des Mündels[13] aus seinem Vermögen aufgeopfert hat[14]. Der Vormund kann diesen Anspruch sowohl einredeweise gegenüber dem Anspruch des Mündels, als auf dem Wege selbständiger Klage geltend machen[15]. — Auf ein Honorar hat der Vormund nur dann einen Anspruch, wenn ihm ein solches durch den Vater bei der Ernennung oder durch die Obervormundschaftsbehörde ausgesetzt worden ist[16].

3. Die Ansprüche sowohl des Mündels als des Vormundes können erst nach Beendigung der Vormundschaft klagend verfolgt werden[17]. Doch steht der Vormund auch während der Dauer der Vormundschaft unter der Aufsicht der obervormundschaftlichen Behörde, welcher er jährlich Rechnung ablegen muß[18], und welche

---

10 Dig. 27. 4 de contraria tutelae et utili actione. Cod. 5. 58 de contrario iudicio tutelae. Glück XXXII S. 266 fg., Rudorff III S. 119 fg.

11 L. 3 §. 1 — l. 6 D. h. t.

12 L. 33 §. 3 D. de adm. 26. 7, l. 3 §. 8 D. h t.

13 L. 1 §. 6 l. 3 pr. §. 7. 8 D. h. t., l. 33 §. 3 D. de adm. 26. 7, l. 3 C. eod. 5. 37, l. 4 C. de in lit. dando 5. 44. Vgl. §. 430 Note 17.

14 L. 1 §. 5 l. 3 §. 1 D. h. t.; §. 2 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 5 §. 1 D. de O. et A. 44. 7; l. 1 §. 6. 7 D. h. t., l. 2 C. de in lit. dando 5. 44.

15 L. 1 §. 4. 8 l. 2 l. 3 pr. D. h. t.

16 L. 38 D. de neg. gest. 3. 5; l. 33 §. 3 D. de adm. 26. 7, l. 1 §. 6 D. de tutelae 27. 3; Glück XXXII S. 87, Rudorff III S 132, Kraut II S. 160.

17 L. 1 §. 24 l. 4. pr. l. 9 pr. §. 4. 5 D. de tutelae 27. 3. Anders war es im römischen Recht mit den Ansprüchen des curator minoris und gegen denselben, l. 4 §. 3 D. de tutelae 27. 3, l. 1 §. 3 D. de contr. iud. tut. 27. 4; obgleich doch auch hier schon eine Ausnahme für den Anspruch gegen den Curator auf Rechnungslegung und Herausgabe des Vermögens gemacht wird, l. 14. § 2 C. de adm. 5. 37. Nach heutigem Recht, wo die Vormundschaft über den Geschlechtsreifen einfach als Fortsetzung der Vormundschaft über den Geschlechtsunreifen erscheint, müssen auf jene in dieser Beziehung die Grundsätze der letzteren angewendet werden.

18 Nach der Bestimmung der R.P.O. v. 1577 Tit. 32 §. 3. Die R.P.O. v. 1548 Tit. 31 §. 3 verlangt jährliche Rechnungslegung nur „auff Forderung der Obrigkeit“.

ihn zur Erfüllung seiner Pflichten nöthigenfalls durch unmittelbaren Zwang anhalten kann[19].

bb. Im Besonderen*.

§. 439.

Im Besonderen ist der Vormund verpflichtet:

1) zur Sorge für die Erhaltung des Vermögens des Mündels. Dahin gehören nicht bloß factische Maßregeln[1], sondern namentlich auch die Veräußerung von überflüssigen und dem Verderb ausgesetzten Sachen[2], die Einziehung von Forderungen, deren Verlust zu befürchten ist[3], die Bezahlung von drückenden Schulden[4]. Daß der Vormund selbst Gläubiger oder Schuldner ist, macht dabei keinen Unterschied[5].

2) Der Vormund muß ferner dafür sorgen, daß von dem Vermögen des Mündels derjenige Ertrag gezogen werde, welchen dasselbe zu gewähren im Stande ist, ohne dabei jedoch zu einem außergewöhnlichen Aufwand von Zeit oder Kraft verpflichtet zu sein[6]. Namentlich[6a] Geld des Mündels muß der Vormund entweder in fruchttragenden Grundstücken anlegen, oder, wenn dieß nicht ausführbar ist, auf Zinsen ausleihen[7]; säumt er da-

[19] Dieß schon nach römischem Recht: l. 1 pr. l. 7 §. 3. 7. 8 D. de adm. 26. 7, l. 2 D. de feriis 2. 12, l. 9 D. de mun. 50. 4, l. 3 C. de susp. 5. 43.

§. 439. * Glück XXX S. 300 fg., Rudorff II S. 357 fg.

[1] L. 22. 24 C. h. t. 5. 37, l. 3 C. de per. 5. 38.

[2] L. 5 §. 9 l. 7 §. 1 D. h. t. 26. 7, l. 22 C. eod. 5. 37, l. 3 C. de per. 5. 38.

[3] L. 15 l. 39 §. 14. 16 l. 43 pr. D. 57 pr. h. t. 26. 7, l. 18 l. 24 i. f. C. h. t. 5. 37, l. 2 C. arb. tut. 5. 51. Gesterding Arch. f. civ. Pr. II. 20.

[4] L. 9 §. 5 D. h. t. 26. 7, l. 23 C. eod. 5. 37.

[5] L. 9 §. 2. 3. 5 D. h. t. 26. 7. Vgl. l. 35 §. 3 D. de neg. gest. 3. 5.

[6] L. 47 §. 6 D. h. t. 26. 7. Hat er aber einen solchen Aufwand wirklich gemacht, so darf er den dadurch gezogenen Gewinn nicht für sich behalten, l. 58 pr. eod.

[6a] Grundstücke: l. 32 §. 2 D. h. t. 26. 7.

[7] L. 24 C. h. t. 5. 37, l. 3 §. 2 l. 5 pr. l. 7 §. 3 l. 8 l. 13 §. 1 l. 58 §. 1. 3 D. eod. 26. 7, l. 3 C. de usur. pup. 5. 56. Die Behauptung Puchta's (§. 349. f), die Vorschrift, daß der Vormund in erster Linie Grundstücke an-

mit[8], so muß er selbst landesübliche Zinsen als Schadensersatz zahlen[9]. Für Mündelgeld, welches er unredlicher Weise in

kaufen solle, sei nur als wirthschaftliche, nicht als rechtliche zu verstehen, und gelte nur, wenn sie durch die Umstände wirthschaftlich gerechtfertigt werde, findet in den genannten Quellenzeugnissen keine Unterstützung. — Justinian hat später (Nov. 72 c. 4—6) den Vormund von der Verpflichtung, das Geld des Mündels anzulegen, wofern nur sonst hinreichende Einkünfte vorhanden seien, ganz befreit, dafür aber vorgeschrieben, daß, wenn er das Geld dennoch ausleihen wolle, er dieß auf seine Gefahr thue. Aber diese Vorschrift ist durch eine einmüthige Praxis beseitigt worden. Glück XXX S. 326 fg., Rudorff II S. 367, Kraut II S. 136 fg. Ueber die Nov. 72 c. 6 überhaupt s. Marezoll Arch. f. civ. Pr. IX S. 40 fg., Glück S. 315 fg., Rudorff S. 365 fg., Sintenis §. 149 Anm. 35. — Verantwortlichkeit des Vormundes, wenn er bei der Anlage des Mündelgeldes nicht mit der gehörigen Sorgfalt verfährt: l. 50 D. h. t. 26. 7, vgl. l. 35 l. 44 eod. Vgl. noch Glück S. 328, Kraut S. 139—141. Seuff. Arch. III. 72, IV. 100, XI. 253, XIII. 150, XVII. 218. Den Beweis der gehörigen Sorgfalt muß der Vormund führen; er ist nicht zur Anlage verpflichtet, sondern zur gehörigen Anlage. S. auch l. 11 D. de prob. 22. 3, l. 1 §. 13 D. de mag. conv. 27. 8, und vgl. §. 410 Note 4 a. E., §. 430 Note 5 a. E. Hat der Vormund das Mündelgeld an verschiedene Schuldner ausgeliehen, so kann er den bei dem einen Capital durch außergewöhnlich gute Anlage erzielten Vortheil gegen den durch seine Schuld bei einem andern Capital eingetretenen Verlust aufrechnen. Oder mit anderen Worten: er kann verlangen, daß der Mündel entweder alle Capitalien nehme, wie sie sind, schlecht oder gut, oder daß er auf sämmtliche verzichte, wo dann der Vormund nichts zu ersetzen hat, als die ausgeliehenen Summen mit den ortsüblichen Zinsen. L. 7 §. 6 l. 16 D. de adm. 26. 7, l. 11 §. 1 D. de usur. 22. 1. Vgl. über diese Stellen Glück XXX S. 331 fg., Rudorff III S. 79. 80, Sintenis §. 149 Note 57.

[8] Nach l. 11 §. 7 l. 15 D. h. t. 26. 7 hat der Vormund für vorgefundenes Geld eine Frist von 6, für neu eingenommenes von 2 Monaten. Dieß ist aber zu verstehen vorbehaltlich des Gegenbeweises des Vormundes, daß ihm eine Anlage innerhalb dieser Frist nicht möglich gewesen sei (l. 12 §. 4 D. h. t. 26. 7, l. 3 C. de us. pup. 5. 56), so wie des Mündels, daß dem Vormund eine frühere Anlage möglich gewesen sei (l. 13 §. 1 D. h. t. 26. 7: es wird dem Vormund dargethan, daß er sein eigenes Geld angelegt habe). Vgl. übrigens auch Glück XXX S. 327, Sintenis II S. 229 Anm. 2. Col.

[9] L. 7 §. 3. 7 l. 58 §. 3 D. h. t. 26 7, l. 7 §. 10 eod. Höhere Zinsen zahlt der Vormund, wenn der Schaden des Mündels noch größer war, l. 7 §. 10 h. t.. Auch zur Strafe kann dem Vormund durch Verfügung der Obervormundschaftsbehörde die Zahlung von höheren Zinsen auferlegt werden, l. 7 §. 10 cit. Daß andererseits die Verpflichtung des Vormundes durch die Bestimmung des Erblassers, von welchem das Mündelvermögen herrührt, gemindert werden kann (l. 47 §. 4 D. h. t.), versteht sich von selbst.

seinen eigenen Nutzen verwendet hat, zahlt er die höchsten erlaubten Zinsen [10].

3. Bietet sich dem Mündel Gelegenheit zu einem Erwerbe ohne Aufopferung, so darf der Vormund auch diese nicht vorübergehen lassen, so wie er andererseits haftet, wenn er sich in Beziehung auf einen solchen Erwerb unbesonnen benommen hat [11].

4. Inwiefern der Vormund dem Mündel Ausgaben, welche er aus dessen Vermögen gemacht hat, in Rechnung bringen darf, bestimmt sich nach denselben Grundsätzen, nach welchen sich bestimmt, inwiefern der Vormund von dem Mündel Ausgaben zurückfordern kann, welche er für denselben aus seinem eigenen Vermögen gemacht hat [12]. Was speziell die Ausgaben für die persönlichen Bedürfnisse des Mündels angeht, so kann der Vormund, wenn er sicher gehen will, sich ein Maß für dieselben von der obervormundschaftlichen Behörde bestimmen lassen [13]; abgesehen hiervon entscheidet auch in Beziehung auf sie das wohlerwogene

---

[10] L. 7 §. 4. 10. 12 D. h. t. 26. 7, l. 38 D. de neg. gest. 3. 5, l. 3 §. 3 D. de contr. tut. 27. 4, l. 3 C. arb. tut. 5. 51. Unredliche Verwendung ist es nicht, wenn der Vormund das Geld selbst als Darlehn nimmt, l. 9 §. 7 D. h. t. 26. 7 (vgl. l. 54 eod.). Nach l. 46 §. 2 eod. soll es auch keine unredliche Verwendung sein, wenn der Vormund das Geld in seinem Namen ausleihe; dabei wird aber vorausgesetzt, daß der Vormund sich in der Vormundschaftsrechnung zu gleichem Betrage als Schuldner des Mündels vortrage, so daß dieser Fall genau betrachtet kein anderer ist, als der Fall der l. 9 §. 7 cit. (vgl. l. 3 C. arb. tut. 5. 51). Doch bleibt auch die Möglichkeit, die l. 46 §. 2 cit. von einem Fall zu verstehen, wo der Vormund nicht das Darlehn in seinem Namen gegeben, sondern bloß die Stipulation auf seine Person gestellt hat (l. 9 pr. eod.). Vgl. l. 7 §. 6 l. 16 D. eod und §. 442 Note 2.

[11] L. 21 C. h. t. 5. 37, l. 26. init. eod., l. 39 §. 3 D. h. t. 26. 7, l. 11 D. de auct. tut. 26. 8, l. 3 §. 17 D. de susp. 26. 10, l. 4 C. arb. tut. 5. 51, l. 7 §. 3 C. de cur. fur. 5. 70, l. 15 §. 9 — l. 18 D. loc. 19. 2, l. 67 §. 6 D. de R. N. 23. 2, l. 11 D. de B. P. 37. 1.

[12] §. 438 Note 13. Im Besonderen: Abtragung von Schulden, l. 9 §. 5. 6 l. 32 §. 6 D. h. t. 26. 7, l. 13 §. 2 D. eod., l. 6 §. 3 l. 67 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6; Prozeßkosten, l. 1 §. 9 D. de tutelae 27. 3, l. 9 §. 6 D. h. t. 26. 7; Reisekosten, l. 1. §. 9 cit.; Honorar eines Sachverständigen, dessen Zuziehung nöthig geworden ist, l. 1 §. 7 eod. S. auch l. 1 §. 6 eod.

[13] L. 3 l. 2 §. 1. 2 D. ubi pup. 27. 2, l. 2 C. de alim. pup. praest. 5. 50. Aelterliche Bestimmung ersetzt die obervormundschaftliche nicht: l. 2 § 3 D. ubi pup. 27. 2, l. 47 §. 1 D. h. t. 26. 7.

Interesse des Mündels[14]. Auch zu Liberalitäten im Namen des Mündels ist der Vormund befugt, wenn dieselben von einer sittlichen oder nicht zu umgehenden Anstandspflicht gefordert werden[15].

β. Macht des Vormundes.

§. 440.

1. Der Vormund ist befugt, die Rechte des Mündels geltend zu machen, und klagend zu verfolgen[1]. Andererseits ist er auch der rechte Beklagte gegenüber den Ansprüchen, welche gegen den Mündel erhoben werden[2].

2. Zur Erzeugung rechtlicher Wirkungen für den Mündel ist der Vormund unbedingt befugt, so weit der Mündel dadurch bereichert wird; dagegen hat er die Macht zu Veräußerungen des Mündelvermögens und zu Belastungen des Mündels mit Verpflichtungen nur unter wesentlichen Beschränkungen.

a. Er hat die Macht zu denselben nur insoweit, als die ihm obliegende Verwaltung sie mit sich bringt[3]. Daher sind

---

14 L. 2 pr. l. 1 §. 8 D. de tutelae 27. 3, l. 12 §. 3 l. 13 pr. D. h. t. 26. 7, l. 2 §. 1 D. ubi pup. 27. 2, l. 2 C. de alim. pup. praest. 5. 50. Mitgift und Heirathskosten: l. 52 D. h. t. 26. 7, l. 9 eod., l. 60 D. de I. D. 23. 3.

15 Alimente an Mutter oder Schwester des Mündels: l. 13 §. 2 D. h. t. 26 7, l. 1 §. 2. 4 D. de tutelae 27. 3. Regelmäßig wiederkehrende Festgeschenke an Aeltern und Verwandte: l. 12 §. 3 D. h. t. 26. 7. Dagegen ist dem Vormund ein Hochzeitsgeschenk an die Mutter oder Schwester des Mündels nicht gestattet: l. 13 §. 2 eod., l. 1 §. 5 D. de tutelae 27. 3. (Auch heutzutage nicht? Glück XXX S. 340. 341, Sintenis §. 149 Anm. 88.) Eine Mitgift darf der Vormund nur der vollbürtigen Schwester des Mündels, nicht der halbbürtigen geben, l. 12 §. 3 D. h. t. 26. 7. S. im Allgemeinen l. 12 §. 2 eod. „Nimium est, licere tutori respectu existimationis pupilli erogare ex bonis eius, quod ex suis non honestissime fuisset erogaturus“.

1 S. z. B. l. 46 §. 7 l. 1 §. 4 D. de adm. 26. 7, l. 18 C. eod. 5. 37 §. 440.

2 S. z. B. l. 9 §. 5 i. f. l. 1 §. 2. 3 D. eod, l. 28 C. eod.

3 Zwar ist der Vormund dem Mündelvermögen gegenüber „domini loco“, „vice domini“ (l. 56 §. 4 D. de furt. 47. 2, l. 157 pr. D. de R. I. 50. 17); aber nur „quantum ad providentiam pupillarem“ (l. 27 D. de adm. 26. 7), „quum tutelam administrat“ (l. 7 §. 3 D. pro emt. 41. 4).

nichtig Schenkungen[4] (mit der §. 439 z. E. bezeichneten Ausnahme), nichtig alle arglistigen Eingriffe in das Vermögen des Mündels[5], und ebenso entsteht aus widerrechtlichen Handlungen des Vormundes keine andere Verpflichtung für den Mündel, als die zur Herausgabe der ihm dadurch erwachsenen Bereicherung[6].

b. Nichtig ist die Veräußerung des Vormundes an sich selbst[7]. Ebenso wenig kann der Vormund sich selbst zum Gläubiger des Mündels machen[8].

c. Eine jede Veräußerung ist nichtig ohne Gestattung der Obervormundschaftsbehörde. Hiervon ist näher zu handeln (§. 441).

d. Alle an und für sich zu Recht bestehenden Veräußerungen und Belastungen unterliegen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[9].

---

[4] L. 16 C. de adm. 5. 37, vgl. l. 12. 17 D. de cur. fur. 27. 10, l. 13 D. de manum. 40. 1.

[5] L. 7 §. 3 D. pro emt. 41. 4: — „tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, quum tutelam administrat, non quum pupillum spoliat". S. noch l. 12 §. 1 D. de adm. 26. 7, l. 16 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 20 §. 1 (vgl. l. 34 §. 1) D. de nov. 46. 2, l. 5 §. 2 D. de auct. 26. 8.

[6] L. 13 §. 6. 7 D. de A. E. V. 19. 1, l. 3. 4 D. quando ex facto 26. 9, l. 1 §. 2 D. si quis ius dic. 2. 3, l. 15 pr. D. de dolo 4. 3, l. 17 §. 1. 2 D. de damno inf. 39. 2, l. 4 D. de tab. exh. 43. 5, l. 5 §. 12 l. 11 §. 6 D. de int. quod vi aut cl. 43. 24, l. 198 D. de R. I. 50. 17. Es hat sich aber in der römischen Jurisprudenz die eigenthümliche Auffassung geltend gemacht, daß aus Delicten, welche der Vormund bei Verwaltung des Mündelvermögens begehe, der Mündel eben dadurch reicher werde, daß ihm ein Ersatzanspruch gegen den Vormund erwachse. L. 61 D. de adm. 26. 7, l. 3 §. 1 D. de trib. act. 14. 4, l. 21 §. 1 D. de pec. 15. 1, l. 1 §. 6 D. ne vis fiat ei 43. 4. Glück XXXI S. 18 fg., Rudorff II S. 340 fg.

[7] Dieß gilt übrigens in gleicher Weise für jeden andern Verwalter fremden Vermögens. L. 34 §. 7 l. 46 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 §. 2 — l. 6 D. de auct. 26. 8. S. §. 388 Note 14. Anders, wenn der Vormund „palam" mit einem Mitvormund contrahirt, oder von einem Gläubiger des Mündels oder bei einer Versteigerung kauft. L. 5 § 2—4 D. de auct. 26. 8, l. 2 §. 8 D. pro emt. 41. 4, l. 5 C. de contr. emt. 4. 38. Seuff. Arch. I. 84; s. aber auch V. 193. Arglistiger Verkauf an sich selbst wird mit dem Vierfachen gestraft, l. 46 D. de contr. emt. 18. 1.

[8] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt, aber deßwegen nicht weniger unzweifelhaft. Auch auf dem Wege der Cession kann der Vormund sich nicht zum Gläubiger des Vormundes machen (§. 335. 2. c). Sich selbst ein Darlehn zu geben, ist dem Vormund gestattet, l. 9 §. 7 D. de adm. 26. 7.

[9] S. I §. 117 Note 3.

§. 441*.

1. Der Satz, daß die Veräußerung von Mündelvermögen der obervormundschaftlichen Gestattung bedürfe, gilt für das gesammte Capitalvermögen des Mündels, ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen, körperlichen und unkörperlichen Sachen[1]; bloß ganz werthlose und überflüssige Sachen sind ausgenommen[2]. Er gilt aber auch nur für das Capitalvermögen, nicht für die Einkünfte[3]; dieselben müßten denn über 2 Jahre rückständig sein, oder es müßte die rückständige Summe mehr als 100 Ducaten betragen[4].

2. Unter Veräußerung[5] ist nicht bloß die Veräußerung im

---

* Dig. 27. 9 de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis. Cod. 5. 71 de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. Cod. 5. 72—74. — Glück XXXII S. 444 fg., XXXIII S. 1 fg., Rudorff II S. 383 fg. Bachofen ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts Nr. 4. §. 441.

1 Das Erforderniß der obervormundschaftlichen Gestattung wurde ursprünglich — durch eine oratio des Kaiser Septimius Severus und einen darauf folgenden Senatsbeschluß, l. 1 §. 2 D. h. t. — nur für praedia urbana und suburbana (über diesen Begriff s. l. 16 C. h. t.) aufgestellt, durch die Jurisprudenz und die spätere kaiserliche Gesetzgebung aber, namentlich durch ein Gesetz Constantin's, in der angegebenen Weise erweitert. L. 3 §. 4. 5 D. h. t., l. 3 §. 6 l. 4 l. 5 pr. eod., l. 22. 25 C. de adm. 5. 37. Unkörperliche Sachen: dingliche Rechte, l. 3 §. 4. 5 D. h. t.; obligatorische Rechte, l. 25 C. cit., §. 2 I. quib. alien. 2. 8. In den beiden letzten Stellen wird bestimmt, daß selbst Zahlung an den Vormund ohne richterliches Decret dem Mündel sein Forderungsrecht nicht nehmen solle (vgl. Seuff. Arch. I. 251, XI. 53; IX. 307); um so mehr bedarf Veräußerung des Forderungsrechts durch Cession oder Novation der obervormundschaftlichen Zustimmung. L. 22 D. de adm. 26. 7, l. 20 §. 1 l. 34 §. 1 D. de nov. 46. 2 enthalten das Recht ihrer Zeit: die Compilatoren haben eine Aenderung dieser Stellen versäumt oder für überflüssig gehalten. Doch ist dieser Punkt streitig. Vgl. Mühlenbruch Cession §. 41, Glück XXX S. 10, Sintenis §. 149 Anm. 77. — S. noch l. 5 §. 2 D. h. t. „Si pupillus alienum fundum bona fide emtum possideat, dicendum puto, nec hunc alienare tutores posse“. Ueber den Schluß dieser Stelle s. Glück XXXIII S. 6 Note 8, Bachofen S. 126 Note 40.

2 L. 22 i. f. C. de adm. 5. 37, l. 4 C. quando decreto 5. 72.

3 L. 28 §. 5 l. 25 C. de adm. 5. 37.

4 L. 27 C. eod. Das Gesetz nennt 100 solidi: vgl. §. 367 Note 2. S. noch Sintenis §. 149 Note 76.

5 Vgl. I §. 69 (S. 146).

engeren Sinne, d. h. die Uebertragung eines dem Mündel zustehenden Rechtes zu verstehen, sondern auch das bloße Aufgeben eines (erworbenen) Rechtes [6]. Auch der Antrag auf Theilung ist Veräußerung im Sinn der gesetzlichen Vorschrift [7]. Nichtunterbrechung einer Verjährung hindert nicht den Verlust des Rechtes, verpflichtet aber den dadurch Bereicherten zur Wiederherstellung desselben [8]. — Ob die Veräußerung eine totale, oder nur eine partielle ist, ist gleichgültig [9].

3. Auf den Grund der Veräußerung [10] kommt nur insofern etwas an, als obervormundschaftliche Gestattung nicht erforderlich ist bei der Veräußerung zum Zweck der Erfüllung einer durch Erbschaft auf den Mündel übergegangenen Verpflichtung [11], ferner nicht bei der Verpfändung zum Zweck der Bestellung einer Prozeßcaution in einem gegen den Mündel erhobenen Prozeß [12].

---

6 L. 5 §. 8 D. h. t., vgl. l. 7 C. h. t. Seuff. Arch. XIII. 100, XVIII. 148.

7 L. 7 pr. D. l. 17 C. h. t., vgl. l. 1 §. 2 l. 5 §. 16 l. 6 D. h. t. Vgl. Bachofen S. 157 fg. Seuff. Arch. XIII. 149, XVI. 59.

8 L. 3 §. 5 D. h. t. „An ergo (ususfructus) nec non utendo amittatur, si tutor causam praebuerit huius rei? Et manifestum est, restaurari debere". Vgl. l. 5 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. „Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem, vero post divortium condici posse". — In anderen Fällen tritt auf Grund einer Nichtthätigkeit des Vormunds die betreffende rechtliche Wirkung ohne die bezeichnete Verpflichtung ein, l. 3 §. 1 D. h. t., l. 23 C. de adm. 5. 37. — Daß der Pfandverkauf durch den nicht befriedigten Pfandgläubiger nicht unter die Senatsvorschrift falle, hatte für einen besonderen Fall diese selbst ausdrücklich ausgesprochen, und erkannte die Jurisprudenz und spätere Gesetzgebung ohne Beschränkung an. L. 1 §. 2 D. h. t, l. 2. C. si adv. vend. pign. 2. 29; l. 7 §. 1 D. h. t., l. 1 C. h. t. — Vgl. noch l. 3 §. 2. 3 D. h. t.

9 L. 3 §. 5 l. 7 §. 5 l. 8 §. 2 D. h. t., l. ult. C. de reb. al. non alien. 4. 51.

10 Im Einzelnen werden in den Quellen außer dem Kauf genannt: Tausch (l. 4 C. h. t.), Vergleich (l. 4 cit.), Schenkung (l. 4 cit., l. 4 C. si quis ign. 5. 73), Mitgiftbestellung und Eheschenkung (l. 22 C. de adm. 5. 37, l. 8 C. h. t.), Erfüllung (l. 5 §. 4. 5 D. h. t.), Leistung an Erfüllungsstatt (l. 15 C. h. t.).

11 L. 5 §. 6. 7 D h. t., l. 1 C. quando decr. 5. 72.

12 L. 28 §. 3 C. de adm. 5. 37.

4. Die obervormundschaftliche[13] Gestattung darf nur aus Gründen der Noth, nicht aus Gründen des Nutzens ertheilt werden; sonst ist sie nichtig[14]. Ferner ist sie nichtig, wenn sie nicht nach gepflogener Untersuchung[15], oder wenn sie auf Grund unwahrer Angaben[16], oder anders als durch ein förmliches Decret ertheilt worden ist[16a].

5. Die obervormundschaftliche Gestattung wird ersetzt durch die Erlaubniß des Erblassers, von welchem die zu veräußernde Sache herrührt[17], und des Regenten[18].

---

[13] Ueber die Competenzfrage s. Glück XXXIII S. 37. 43, Rudorff II S. 420. 421, Kraut II S. 147.

[14] Die Senatsvorschrift selbst erlaubte die Gestattung der Veräußerung nur wegen drängender Schulden, l. 1 §. 2 D. h. t., und diese Beschränkung wiederholt Ulpian in seinem Commentar zu derselben, indem er Gründe des Nutzens ausdrücklich ausschließt, l. 5 §. 14 D. h. t. Von der anderen Seite wird in l. 61 §. 1 D. de I. D. 23. 3 auch Mitgiftbestellung für die Mündelin, und in l. 6 C. h. t. „necessitas" überhaupt als rechtfertigender Veräußerungsgrund zugelassen. Ueber den Fall der Noth aber ist man nicht hinausgegangen. Zwar scheint l. 4 C. h. t. nach einem sehr nahe liegenden argumentum a contrario auch Veräußerung zum Zweck des Vergleiches und des Tausches zu gestatten; aber dieses Argument ist trügerisch. Denn es führt dahin, daß die Obrigkeit auch Schenkungen durch ihre Zustimmung gültig machen könne, und dem widerspricht mit ausdrücklichen Worten l. 3 C. si maior factus 5. 74: „cum donationes a minoribus necdum decreto celebrari possint . ." (vgl. Seuff. Arch. VIII. 61). Dieser Stelle gegenüber muß sich l. 17 D. de cur. fur. 27. 10 trotz aller entgegenstehenden Gründe bequemen, auf den Fall des Wahnsinns beschränkt zu werden. Sintenis §. 149 Anm. 94 nimmt auf Grund dieser letzteren Stelle an, daß die Obrigkeit aus Nützlichkeitsgründen Schenkungen, nicht aber andere Veräußerungen, genehmigen könne. — Die deutschen Particularrechte erweitern sehr gewöhnlich die Genehmigungsmacht der Obrigkeit auf Nützlichkeitsgründe, und Kraut II S. 145 fg. ist auf Grund davon geneigt, auch für das gemeine Recht ein Gewohnheitsrecht gleichen Inhalts anzunehmen. Dafür auch Seuff. Arch. III. 344. S. auch Rudorff II S. 419; andererseits aber Glück XXXIII S. 33 fg.

[15] L. 5 §. 9. 10. 11 l. 11 D. h. t., l. 6. 12 C. eod.

[16] L. 1 §. 2 l. 5 §. 15 D. h. t., l. 5 C. eod.

[16a] L. 6. 12 C. h. t. Daß das Decret der Veräußerung vorhergehe, ist, obgleich in den Quellen als das Regelmäßige vorausgesetzt, nicht nothwendiges Erforderniß. Vgl. Glück XXXIII S. 45 fg., Rudorff II S. 424; auch in diesem Lehrbuch I §. 83 Note 5. 6.

[17] L. 1 §. 2 l. 14 D. h. t., l. 3 C. quando decr. 5. 72. Bachofen S. 153 fg.

[18] L. 2 C. quando decr. 5. 72. Vgl. Glück XXIII S. 97.

6. Die ohne gehörige Gestattung geschehene Veräußerung ist nichtig; der Mündel kann daher das Veräußerte von jedem Besitzer abfordern[19], muß aber dem Besitzer ersetzen, worum er durch dessen Gegenleistung reicher geworden ist[20]. Daneben bleibt natürlich dem Mündel sein Entschädigungsanspruch gegen den Vormund unbenommen, so jedoch, daß die Durchführung des einen Anspruchs den anderen ausschließt[21].

7. Die Nichtigkeit der Veräußerung wird gehoben durch eidliche Bestärkung des geschlechtsreifen Mündels[22], oder einfache Genehmigung nach erreichter Großjährigkeit[23]; ferner durch fünfjähriges Schweigen des Mündels nach erreichter Großjährigkeit[24].

---

19 L. 5 §. 15 (l. 1 §. 2) D. h. t., l. 3. 4. 8. 10. 11. 15. 16 C. h. t., l. 2. 3. 4 C. si quis ign. 5. 73. — Beweislast: Glück XXIII S. 56 fg., Rudorff II S. 428 fg. — Nichtigkeit des Kaufs auch für den Käufer nimmt an das Erk. bei Seuff. Arch. XIV. 101.

20 L. 7 §. 5 l. 13 D. h. t., l. 4. 10. 14. 16 C. eod. — Die Behauptung Rudorff's (II S. 432) und Bachofen's (S. 144 fg.), daß in Betreff der in l. 13 cit. erwähnten Frage die strengere Meinung des Papinian über die mildere des Paulus die Oberhand gewonnen habe, kann trotz l. 16 C. cit. gegenüber l. 4. 10. 14 C. citt. als richtig nicht anerkannt werden; s. auch Sintenis §. 149 Anm. 114.

21 L. 5 §. 15 l. 10 D. h. t.

22 L. 1 C. si adv. vend. 2. 28 und dazu Auth. Frid. II Sacramenta puberum. S. §. 324 Note 3.

23 L. 2 C. si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit 5. 74, l. 1. 2 C. si maior factus ratum habuerit 2. 46.

24 L. 3 C. si maior factus 5. 74, von Justinian. Aelteres Recht: l. 2 C. eod., l. 3. 4 C. si quis ign. 5. 73, l. 1 C. Th. de praed. min. sine decreto non alienandis 3. 32. Die l. 3 C. cit. hat eine ganze Literatur; s. außer Glück XXXIII S. 73 fg. und Rudorff II S. 435 fg.: v. Berg jur. Beobachtungen und Rechtsfälle I. 7 (1802). G. Ph. v. Bülow Abh. über einz. Materien des röm. bürg. R. I S. 251—264 (1817), Marezoll Arch. f. civ. Pr. VIII S. 279 fg. (1825), v. Buchholtz jur. Abhandlungen Nr. 19 (1833), Unterholzner Verjährungslehre II §. 163 (2. Aufl. 1858). Die Punkte, auf welche es hauptsächlich ankommt, sind folgende. a) Bezieht sich das Gesetz, wie im Text angenommen worden ist, auch auf die Veräußerung von Sachen geschlechtsunreifer, oder nur auf die Veräußerung von Sachen geschlechtsreifer Mündel? Der Zweifelsgrund ist, daß das Gesetz nur von minores spricht. Aber dieß erklärt sich vollkommen daraus, daß die Verjährung, welche es einführt, erst von der maior aetas an laufen soll. Auch die l. 1 C. Th. cit. nennt nur die minores. A. M. Glück S. 78 fg., v. Bülow S.

§. 442.

Was die formale Seite der rechtlichen Thätigkeit des Vormundes in Angelegenheiten des Mündels angeht, so ist es heutzutage das Gewöhnliche und fast Ausschließliche, daß der Vormund im Namen des Mündels handelt [1], während dieß bei den

---

255 fg., v. Buchholtz S. 251, Unterholzner S. 49, Seuff. Arch. XVI. 121; übereinstimmend Rudorff S. 440, Seuff. Arch. XI. 160. Vgl. noch Sintenis §. 149 Anm. 118. b) Bezieht sich das Gesetz auch auf den Fall, wo der Vormund für den Mündel, oder nur auf den Fall, wo der Mündel selbst gehandelt hat? Das Gesetz setzt in seinem späteren Verlauf den Minderjährigen als Handelnden voraus; im Anfange aber heißt es allgemein: „Si quando sine decreto minorum . . . res alienantur vel supponuntur". Wenn man geltend macht, daß im Fall der Veräußerung durch den Vormund die Wissenschaft des Mündels von derselben eine zweifelhaftere sei, so ist darauf zu antworten, daß nach der Bestimmung des Gesetzes die Verjährung auch gegen den Erben des Minderjährigen laufen soll, bei welchem die Möglichkeit des Nichtwissens noch viel näher liegt. Uebereinstimmend Glück S. 84, v. Buchholtz S. 252, Rudorff S. 440, Seuff. Arch. XI. 160; a. M. Unterholzner S. 48. c) Gehoben wird durch den Ablauf der 5 Jahre nur diejenige Ungültigkeit, welche ihren Grund in dem Mangel der obrigkeitlichen Genehmigung hat, nicht die Ungültigkeit der Veräußerung überhaupt. Daher nimmt das Gesetz selbst den Fall der Schenkung aus: „cum . . donationes a minoribus necdum decreto celebrari possint". Die folgenden Worte: „si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium . . transscripserit" sind so zu verstehen: si minor rem, vel post veniam aetatis rem immobilem cet., und erklären sich aus l. 3 C. qui veniam 2. 45. Vgl. über diesen Schluß der Stelle Glück S. 93 fg., v. Bülow S. 262 fg., Marezoll a. a. O., v. Buchholtz S. 253 fg., Rudorff S. 442 fg., Sintenis Anm. 118 a. E. d) Durch den Ablauf der fünf Jahre wird nicht etwa bloß eine Einrede zu Gunsten des Besitzers erzeugt, sondern es wird die nichtige Veräußerung gültig gemacht, und zwar von Anfang an; das Gesetz sieht in dem Stillschweigen während fünf Jahre eine Bestätigung (confirmatio). „Ideoque praecipimus, si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem . . nihil conquestus est super tali alienatione vel suppositione is qui eam fecit vel heres eius, minime posse retractari eam occasione praetermissi decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita". Ueber diesen Punkt ist kein Streit. e) Es kann mit Fug nicht bezweifelt werden, daß im Sinne des Gesetzes zur Unterbrechung des „silentium" Klaganstellung erforderlich ist. Glück S. 90 fg., v. Bülow S. 260 fg., Rudorff S. 441.

[1] Vgl. Kraut II S. 115, Sintenis III S. 182 in der Anm. §. 442.

Römern nur in beschränktem Maße zulässig war[2]. Der Vormund kann aber auch den Mündel selbst handeln lassen. In diesem letzteren Falle besteht dasjenige, was der Vormund seinerseits zu der Handlung des Mündels hinzuzuthun hat, wenn der Mündel das Alter der Geschlechtsreife noch nicht erreicht hat, in einer Theilnahme an der Handlung selbst, während bei geschlechtsreifen Mündeln jede irgendwie erklärte Zustimmung hinreicht[3].[4]

---

[2] S. 1 §. 73, II §. 313. Bei den Römern mußte, abgesehen von Ausnahmefällen (s. die genannten §§.), der Vormund entweder den Mündel selbst handeln lassen (s. das im Text sogleich Folgende), oder, bei Erwerbshandlungen, einen Sclaven des Mündels (l. 9 pr. D. de adm. 26. 7, l. 2. 6 D. rem pup. 46. 6), oder er mußte in eigenem Namen handeln, also sich selbst berechtigen und verpflichten. In diesem letzteren Falle gingen aber die in seiner Person erzeugten Rechte und Verbindlichkeiten, wenn nicht sofort, so doch jedenfalls nach beendigter Vormundschaft von Rechtswegen auf den Mündel über; und auch während der Dauer der Vormundschaft, konnten die von ihm übernommenen Verbindlichkeiten gegen ihn selbst, wenn überhaupt, nur bis zum Belange des Mündelvermögens geltend gemacht werden. L. 9 pr. D. de adm. 26. 7, l. 2 D. quando ex facto 26. 9, l. 2. 4 C. eod. 5. 39; l. 26 C. de adm. 5. 37, l. 1 C. quando ex facto 5. 39; l. 43 §. 1 D. de adm. 26. 7, vgl. l. 4 §. 1 D. de evict. 21. 2; l. 2 pr. D. de adm. 26. 7, l. 6. 7 D. quando ex facto 26. 9, l. 4 §. 1 D. de re iud. 42. 1, vgl. l. 5 D. quando ex facto 26. 9, l. 1 C. eod. 5. 39, l. 15 D. si quis caut. 2. 11. Anders, wenn der Vormund nicht nur in eigenem Namen, sondern auch gar nicht als Vormund handelte: l. 39 §. 4 l. 43 §. 1 D. de adm. 26. 7, l. 5 §. 1 D. quando ex facto 26. 9, l. 4 C. si tut. vel cur. interv. 2. 25; auch l. 46 §. 2 D. de adm. 26. 7 ist wohl hierher zu stellen (§. 439 Note 10). Zur Vervollständigung des Quellenmaterials ist noch hinzuzufügen: l. 11 §. 7 D. de pign. act. 13. 7, l. 5 C. quando ex facto 5. 39. Vgl. über das Ganze Mühlenbruch Cession S. 136. 141. 142, Savigny Obl. II S. 36 fg., Buchka Stellvertret. §. 7, Schmid Cession I S. 389 fg. 396 fg.

[3] Theilnahme an der Handlung: auctoritatis interpositio; Zustimmung: consensus. L. 9 §. 5 D. de auct. 26. 8 (§. 2 I. eod. 1. 21). „Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri; post tempus vero aut per epistolam interposita eius auctoritas nihil valet". Bei schriftlichem Abschluß des Rechtsgeschäfts kann die auctoritas aber auch schriftlich ertheilt werden, l. 9 §. 6 D. h. t. Bedingung (und Befristung) sind nicht zulässig, l. 8 eod. — Vielfach wird allerdings behauptet, daß nach heutigem Recht in allen Fällen consensus des Vormundes genüge. Vgl. über diese Frage Glück XXX S. 477. 478, Kraut II S. 114 fg. Andererseits sucht Sintenis III S. 182 fg. in der Anm. auszuführen, daß nach heutigem Recht nachträgliche Genehmigung weder bei impuberes, noch bei minores hinreiche.

[4] Kann der Vormund rechtliche Wirkungen für den Mündel auch durch

Inwiefern der Mündel durch Rechtshandlungen, welche er ohne alle Mitwirkung des Vormundes vornimmt, eine rechtliche Wirkung für sich zu erzielen im Stande ist, ist eine nicht hierher gehörige, und oben (I §. 71) beantwortete Frage. Es ist aber zu dem daselbst Gesagten hinzuzufügen, daß die obervormundschaftliche Gestattung zu Veräußerungen ganz ebenso erforderlich ist, wenn der Minderjährige allein, als wenn er mit dem Vormund oder durch den Vormund handelt[5]. Selbst die Großjährigkeitserklärung macht die obervormundschaftliche Gestattung zwar wohl bei beweglichen, aber nicht bei unbeweglichen Sachen unnöthig[6].

γ. Rechtsverhältniß bei Mehrheit der Vormünder*.

§. 443.

Wenn der Mündel mehrere Vormünder hat, so ist es möglich: 1) daß die Berufung eines jeden derselben auf einen besonderen, örtlich oder sachlich abgegränzten, Geschäftskreis geht[1]; oder 2) daß zwar jeder Vormund auf die ganze Vormundschaft berufen, die

---

Handeln in eigenem Namen hervorrufen? Ein hierher gehöriger Fall aus dem römischen Recht ist in Note 2 bezeichnet. In diesem Falle handelte aber der Vormund, wenn auch in eigenem Namen, doch immerhin in seiner Eigenschaft als Vormund (s. namentlich l. 43 § 1 D. de adm. 26. 7), während heutzutage in der Erklärung des Vormundes, daß er als Vormund handele, auch die Erklärung gefunden werden muß, daß er im Namen des Mündels zu handeln gewillt sei. Wie aber wenn er bei der Handlung als Vormund gar nicht hervortritt? Durch eine Handlung dieser Art kann er nur in dem einen Fall rechtliche Wirkungen für den Mündel hervorrufen, wo die Handlung eine Veräußerung enthält (der Vormund überträgt z. B. eine Sache des Mündels als seine eigene zu Eigenthum, — l. 10 §. 1 D. de cur. fur. 27. 10 geht auf eine mala fide vorgenommene Veräußerung —), und eine solche Veräußerung wird wegen Mangels des obervormundschaftlichen Consenses immer ungültig sein.

5 L. 4. 11. 16 C. de praed. min. 5. 71, l. 3 C. si maior fact. 5. 74.

6 L. 3 C. de his qui ven. 2. 45.

* Glück XXIX S. 173 fg., XXX S. 353 fg., Rudorff II S. 231 fg., III S. 22 fg., v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XI S. 3 fg. §. 443.

1 Der Beschränkung der ursprünglichen Berufung steht es natürlich gleich, wenn gegen die Berufung für einen Theil der Vermögensverwaltung ein Ablehnungsgrund geltend gemacht und durchgeführt wird. Anders, wenn einem Vormund für einen Theil der Geschäfte, ohne Entbindung von denselben, nur

Verwaltung derselben aber zwischen den Mehreren getheilt[2], oder Einem ausschließlich übertragen ist[3]; oder endlich 3) daß auch die Verwaltung der Vormundschaft, wie diese selbst, ungetheilt ist. Im ersten Fall ist die rechtliche Stellung eines jeden Vormundes die gleiche, als wenn er allein Vormund wäre[4]. Im zweiten Fall hat jeder Vormund Recht und Pflicht der Verwaltung nur so weit, als sie ihm überwiesen ist[5]; er ist aber außerdem verpflichtet, die Verwaltung der Mitvormünder zu überwachen, und kann, wenn er in dieser Beziehung etwas versäumt, aus den Fehlern derselben in zweiter Linie auch seinerseits in Anspruch genommen werden[6]. Im dritten Fall endlich hat jeder Vormund Recht und

ein Nebenvormund zugeordnet wird. S. l. 27 pr. D. de tut. dat. 26. 5, l. 6 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1, und die Stellen in §. 433 Note 34; l. 21 §. 2—4 D. de excus. 27. 1; l. 9 §. 9 D. de adm. 26. 7, l. 5 C. in quib. cas. tut. habenti 5. 36.

[2] L. 36 D. de adm. 26. 7: — „divisio tutelae, quae non iuris, sed iurisdictionis est".

[3] Der verwaltende tutor heißt tutor gerens, ihm gegenüber der nicht verwaltende tutor honorarius. L. 3 §. 2 D. de adm. 26. 7, l. 14 §. 1 D. de solut. 46. 3, l. 60 §. 2 D. de R. N. 23. 2. Neben dem tutor honorarius wird in den Quellen noch der tutor notitiae causa datus genannt. Derselbe hat dem verwaltenden tutor gegenüber die Stellung eines tutor honorarius, außerdem aber die Pflicht, denselben durch seine Sachkenntniß zu unterstützen. L. 14 §. 1. 6 D. de solut. 46. 3, l. 32 §. 1 D. de test. tut. 26. 2, l. 1 C. de per. tut. 5. 38.

[4] L. 3 C. de in lit. dando 5. 44.

[5] a) Recht der Verwaltung: l. 4 l. 51 D. de adm. 26. 7, l. 100 D. de solut. 46. 3, l. 4 D. de auct. 26. 8, l. 5 C. eod. 5. 59. Wie, und ob überhaupt mit diesen Stellen l. 14 §. 1 D. de solut. 46. 3 und l. 49 D. de acq. vel. om. her. 29. 2 zu vereinigen seien, ist sehr bestritten. S. darüber Glück XXIX S. 184 fg., Rudorff II S. 302 fg., Vangerow I §. 281 Anm., und die von diesen Schriftstellern Citirten. Jedenfalls können die genannten Stellen für das heutige Recht, nach welchem die Befugniß zur Verwaltung durch die Obrigkeit ausdrücklich verliehen werden muß (§. 436 Note 2), keine Schwierigkeit machen. Seuff. Arch. XV. 228. b) Pflicht der Verwaltung: l. 2 C. de per. 5. 38, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 51 l. 55 pr. i. f. D. de adm. 26. 7. S. übrigens auch l. 39 §. 3. 7 l. 47 §. 2 D. de adm. 26. 7. c) Die gegen den Mündel begründeten Ansprüche können gegen jeden Vormund geltend gemacht werden, welcher etwas aus dem Vermögen des Mündels in Händen hat, l. 36 l. 47 §. 7 D. de adm. 26. 7. Ueber l. 2 C. eod. 5. 37 s. Glück XXX S. 413 fg.

[6] L. 3 §. 2 l. 9 §. 8 l. 19 l. 41 l. 55 §. 4 D. de adm. 26. 7, l. 60

Pflicht der Verwaltung ungetheilt [7]; er wird aber, was das Recht der Verwaltung angeht, durch den Widerspruch eines jeden Mitvormundes gehemmt [8]; und was die Pflicht der Verwaltung angeht, so haftet er zwar aus den Fehlern der Mitvormünder unbedingt, da er seinerseits sich der Sache hätte annehmen sollen [9], aber ebenfalls erst in zweiter Linie [10]. — Uebrigens kann eine

---

§. 2 D. de R. N. 23. 2, l. 12 D. rem. pup. 46. 6 (wo statt „idonea culpa" zu lesen ist „idonei culpa"), l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 1 C. de per. tut. 5. 38. Vgl. §. 298 Note 9. — Daß der Vormund erst in zweiter Linie haftet, will in diesem Falle (vgl. Note 10) sagen, daß er erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn auch von der Obervormundschaftsbehörde (§. 445) nichts zu erlangen ist. L. 1 §. 15 D. de tutelae 27. 3, l. 46 §. 6 D. de adm. 26. 7.

[7] a) Recht der Verwaltung: l. 3 pr. l. 24 §. 1 D. de adm. 26. 7, l. 14 §. 5 D. de solut. 46. 3, l. 1 C. si ex plurib. 5. 40, l. 4 pr. l. 5 pr. D. de auct. 26. 8, l. 5 C. eod. 5. 59. Vgl. Ulp. XI. 26. Seuff. Arch. XVII. 259. b) Pflicht der Verwaltung: s. Note 9 u. 10. Anders jedoch in dem Falle, wo jede Vormundschaft auf einem besonderen Berufungsgrunde beruht, l. 46 §. 6 D. de adm. 26. 7.

[8] Arg. l. 7 §. 3 D. de cur. fur. 27. 10. Vgl. Sintenis §. 151 Note 4.

[9] — „tenetur etiam ob rem, quam non gessit, cum gerere deberet", l. 5 D. de mag. conv. 27. 8. S. ferner l. 55 pr. D. de adm. 26. 7, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, und die in der folgenden Note citirten Stellen. Vgl. Ribbentrop Correalobl. S. 59—72, und über l. 14 D. de adm. 26. 7 und l. 1 C. si tutor vel curator non gesserit 5. 55 dens. §. 10 Note 7. Kann ausnahmsweise dem Vormund ein Vorwurf daraus nicht gemacht werden, daß er sich der Sache nicht angenommen hat, so haftet er auch nicht. A. M. Sintenis §. 151 Note 5.

[10] L. 39 §. 11 l. 55 §. 2 D. de adm. 26. 7, l. 8 C. eod. 5. 37, l. 5 i. f. C. in quib. cas. tutorem habenti 5. 36, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2. 3 C. de div. tut. 5. 52, l. 2 C. de her. tut. 5. 54, l. 1 C. si tutor vel cur. reip. causa 5. 64. Vgl. §. 298 Note 9. — Der Vormund haftet aber in diesem Falle nicht hinter, sondern vor der Obervormundschaftsbehörde, l. 1 §. 15 D. de tutelae 27. 3, l. 46 §. 6 D. de adm. 26. 7, l. 4 C. de mag. conv. 5. 75. Der Gegensatz dieser Bestimmung gegen die entsprechende Bestimmung im Falle der Note 6 erklärt sich so: der Vormund ist in diesem Falle, wenn er gleich den Fehler nicht selbst gemacht hat, doch immerhin Schuld daran, daß derselbe gemacht worden ist, während er in dem Falle der Note 6 nur daran Schuld ist, daß der den Fehler begehende Vormund Vormund geblieben ist. In beiden Fällen ist der Fehler auf ihn zurückzuführen; aber im ersten Falle direct, im zweiten nur indirect.

Theilung der Verwaltung, oder die Uebertragung der Verwaltung an Einen Vormund ausschließlich, mit rechtlicher Wirkung nur durch die Obervormundschaftsbehörde geschehen[11], und namentlich bindet eine Vereinbarung der Vormünder unter sich weder den Mündel, noch überhaupt einen Dritten[12].

Wenn ein Vormund wegen Insolvenz des Mitvormundes etwas leisten muß, wofür er erst in zweiter Linie haftet, so kann er sowohl von dem Mündel, welchen er befriedigt, Abtretung der diesem gegen den Mitvormund zustehenden Forderung verlangen, als auch ohne diese Abtretung direct auf den Mitvormund zurückgreifen[13]. Mehrere Vormünder, welche sich in der gleichen Lage befinden[14], haben die Rechtswohlthat der Theilung[15], und wenn Einer wegen Insolvenz des Mitvormundes das Ganze leisten muß, so hat derselbe ebenfalls sowohl einen Anspruch gegen den Mündel

---

[11] Nach römischem Recht auch durch den letztwilligen Ernenner. Wenigstens erkennt dieß mit Bestimmtheit l. 2 C. de div. tut. 5. 52 an, während l. 3 D. de adm. 26. 7 (s. namentlich §. 1 und 3) die letztwillige Ernennung nur als Grundlage obrigkeitlicher Anordnung auffaßt. Für das heutige Recht ist die Frage durch die Nothwendigkeit der bei jeder Vormundschaft eintretenden obrigkeitlichen Bestallung erledigt. — Bei ihrer Anordnung soll die Obervormundschaftsbehörde auf die Wünsche der Vormünder oder ihrer Mehrheit Rücksicht nehmen. L. 3 §. 6— l. 4 D. de adm. 26. 7, §. 1 I. de satisd. 1. 24, l. 3 pr. D. de post. 3. 1, l. 3 §. 5 D. iud. solvi 46. 7, Nov. 118 c. 5. Ein anderer in den Quellen angeführter Bestimmungsgrund für die obervormundschaftliche Anordnung, daß sich nämlich von mehreren an und für sich zur Sicherheitsleistung nicht verpflichteten Vormündern Einer, um die Verwaltung allein zu erhalten, zur Sicherheitsleistung erbietet (l. 17–19 §. 1 D. de test. tut. 26. 2, l. 5 §. 3. 4 D. de leg. tut. 26. 4, l. 4 C. de tut. vel cur. qui satis non dedit 5. 42, §. 1 I. cit.), fällt für das heutige Recht weg (§. 436 Note 6).

[12] L. 5 D. de mag. conv. 27. 8, l. 2 i. f. l. 3 C. de div. tut. 5. 52. S. auch l. 5 §. 3 l. 55 pr. §. 2 D. de adm. 26. 7.

[13] L. 30 D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 §. 13 l. 18 D. de tutelae 27. 3, l. 2 C. de contr. iud. tut. 5. 58. Vgl. §. 298 Note 12. 13. Ueber die Natur des Anspruchs gegen den Mitvormund s. unten Note 16.

[14] S. außer den im Folgenden genannten Stellen noch l. 39 §. 11 l. 55 §. 3 D. de adm. 26. 7, l. 15 D. de tutelae 27. 3, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 1 §. 43 D. dep. 16. 3.

[15] L. 38 pr. §. 1 D. de adm. 26. 7, l. 1 §. 11. 12 D. de tutelae 27. 31 l. 6 D. de fidei. tut. 27. 7. Vgl. §. 298 Note 10, und Sintenis §. 15, Note 8. Seuff. Arch. V. 297.

auf Forderungsabtretung, als einen directen Rückgriff gegen den Mitvormund [16].

δ. Haftung von Neben- und anderen Personen.

§. 444.

1. Neben dem Vormund haften die von ihm bestellten Bürgen [1], nach den gewöhnlichen Grundsätzen; nur daß die Rechts-

---

[16] L. 1 §. 13 l. 21 D. de tutelae 27. 3, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. de div. tut. 5. 52. Ausnahme für den Fall gemeinschaftlicher Arglist: l. 1 §. 14 D. de tutelae 27. 3, l. 38 §. 2 D. de adm. 26. 7. Vgl. §. 298 Note 12. 13. — Der Anspruch gegen den Mitvormund wird in diesem Fall, wie in dem Falle der Note 13, als utilis actio bezeichnet, l. 1 §. 13 D. de tutelae 27. 3, l. 2 C. de contr. iud. tut. 5. 58, und es liegt nahe, diese utilis actio als die durch gesetzliche Cession (§. 330 Nr. 3) übertragene actio des Mündels aufzufassen. Diese Meinung wird vertreten von Glück XXX S. 375 fg., v. Lindelof Arch. f. civ. Pr. VII. 6, Mühlenbruch Cession S. 474 fg., Rudorff III S. 37, Schmid Cession I S. 359 fg. Gegen dieselbe spricht l. 76 D. de sol. 46. 3; wenn Modestin hier hervorhebt, daß die durch den Mündel vorgenommene Cession in dem Falle unwirksam sei, wo sie erst nach erhaltener Befriedigung vorgenommen werde, so kann er unmöglich angenommen haben, daß dem Vormund auch ohne Cession des Mündels dessen Klagerecht zustehe. Gegen die bezeichnete Meinung spricht ferner, wenngleich nicht in entscheidender Weise, l. 30 D. de neg. gest. 3. 5, wo das Klagerecht des Vormundes als negotiorum gestorum actio bezeichnet wird (§. 431 Note 12). Das Argument, welches man für die bezeichnete Meinung aus l. 2 §. 9 D. de adm. rer. 50. 8 herleitet, ist sehr zerbrechlich (es heißt: in collegam, und es ist nicht nothwendig, hinter solet zu interpungiren), und ebenso wenig entscheidend ist die von Schmid geltend gemachte l. 3 D. de mag. conv. 27. 8. Das Praktische der Frage liegt darin, daß, wenn die utilis actio auf gesetzlicher Cession beruht, sie dem Vormund auch die Nebenrechte der Forderung des Mündels gewährt.

[1] Dig. 27. 7 de fideiussoribus et nominatoribus . . tutorum et curatorum; 46. 6 rem pupilli vel adolescentis salvam fore. Cod. 5. 57 de fideiussoribus tutorum vel curatorum. — Bei den Römern war es gebräuchlich, als Grundlage der Bürgschaft noch eine besondere Stipulation abzuschließen. Dieselbe nahm den Inhalt der actio tutelae in sich auf (l. 1 l. 4 §. 6 l. 9. 10. 11 D. rem pup. 46. 6), nicht jedoch auch den Inhalt der actio utilis wegen nicht übernommener Verwaltung (l. 4 §. 3. 7 D. eod., vgl. §. 438 Note 4[a]). Das Letztere ist eine Eigenthümlichkeit eben der Stipulation rem pupilli salvam fore, und hat daher für uns keine Bedeutung mehr. — Zu l. 2 i. f. C. h. t. vgl. Keller Litiscontest. und Urtheil S. 566, Rudorff III S. 139. 143 —145. §. 444.

wohlthat der Theilung (§. 479) hier wegfällt[2]. Dem Bürgen steht gleich, wer vor der Obervormundschaftsbehörde die Versicherung der Tüchtigkeit des Vormundes abgegeben hat, ausdrücklich[3], oder stillschweigend durch Erbittung[4] oder Vorschlagung[5] einer bestimmten Person. — Steht der Vormund unter väterlicher Gewalt, so entscheiden über die Verpflichtung des Vaters aus seiner Person die gewöhnlichen Grundsätze[6]. — In letzter Linie kann auch die Obervormundschaftsbehörde in Anspruch genommen werden. S. darüber den folgenden §.

2. Derjenige, welcher ohne Vormund wirklich zu sein, als Vormund thätig wird, steht zu dem Quasi-Mündel in dem gleichen Verpflichtungsverhältniß, wie der wirkliche Vormund[7], und nur in dem Fall, wo der Quasi-Mündel gar keinen Vormund haben kann, entscheiden die Grundsätze von der gewöhnlichen Geschäfts-

---

2 L. 12 D. rem pup. 46. 6. Ueber l. 7 D. de fid. tut. 27. 7 f. Glück XXXII S. 382 fg., Keller a. a. O. S. 437, Rudorff III S. 143—145, Girtanner Bürgsch. S. 467.

3 Affirmator. L. 4 §. 3 D. de fid. tut. 27. 7, vgl. l. 13 pr. D. de min. 4. 4.

4 Postulator. L. 2 D. de fid. tut. 27. 7, l. 2 §. 5 D. qui petant 26. 5, vgl. l. 3 C. si mater indemnitatem 5. 46.

5 Nominator. Rubr. tit. Dig. 27. 7 de fideiussoribus et nominatoribus ... tutorum vel curatorum, l. 2 eod. Die nominatio fand zweifelsohne ihre Hauptanwendung bei der im Justinianischen Recht verschwundenen potioris nominatio (§. 435 Note 2); s. aber auch l. 1 §. 3 D. de mag. conv. 27. 8, l. 2 C. qui petant 5. 31. Vielfach ist in den Quellen auch von einer nominatio der Municipalmagistrate die Rede (l. 1 §. 5. 10 D. de mag. conv. 27. 8, l. 1. 4. 5 C. eod. 5. 75, l. 28 D. de tut. dat. 26. 5, l. 6 C. qui dare 5. 34); diese haften aber nicht nach dem Recht der Bürgschaft, sondern nach dem Rechte der actio subsidiaria (§. 445), und daher erst hinter den Bürgen und dem mitverwaltenden Vormund, l. 4 C. de mag. conv. 5. 75.

6 Actio de peculio, l. 21 l. 37 §. 2 D. de adm. 26. 7, l. 11 D. de tutelae 27. 3, l. 1 C. quod cum eo 4. 26; actio de in rem verso, l. 21 D. cit., l. 1 C. cit. Auch die actio quod iussu findet hier eine analoge Anwendung, „si pater agnovit tutelam“ (sc. ut suam), l. 7 D. de tut. 26. 1, l. 21 D. cit., l. 1 C. cit.

7 Dig. 27. 5 de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit. Cod. 5. 45 de eo qui pro tutore negotia gessit. Er haftet also ebenfalls nur für diligentia quam suis (l. 4 D. h. t.), vorausgesetzt jedoch, daß er in gutem Glauben gewesen ist; denn wußte er, daß er nicht Vormund sei, so haftet er nach der Regel des §. 438 Note 6 z. A. für omnis culpa S. auch l. 53 §. 3 D.

führung[8]. Wie der Vormund haftet auch dessen Erbe, wenn dieser nach dem Tode des Vormundes die Verwaltung des Mündelvermögens freiwillig fortführt, oder etwas von demselben an sich nimmt[9]. Zur Vollendung der vom Vormunde begonnenen Geschäfte ist der Erbe verpflichtet, haftet dabei aber nur für grobe Nachlässigkeit[10].

d. Obervormundschaft.

§. 445.

Die Obervormundschaft, deren Functionen im Vorhergehenden angegeben worden sind[1], wird, wo nicht das Particularrecht abweichende Bestimmungen enthält, durch das ordentliche Gericht erster Instanz geführt[2]. Versäumt dasselbe etwas von den ihm

de furt. 47. 2 und vgl. Zimmern Arch. f. civ. Pr. I. 19. Contrariumiudicium: l. 5 D. h. t. Daß der Quasi-Vormund nicht die gleiche Macht hat, wie der wirkliche Vormund, versteht sich von selbst. S. l. 2 D. l. 2 C. h. t., tit. Dig. 27. 6 quod falso tutore auctore gestum esse dicetur, und vgl. Neustetel Arch. f. civ. Pr. I. 18.

8 L. 1 §. 6 D. h. t., l. 24 D. de tutelae 27. 3.

9 L. 4 pr. §. 2 D. de . . heredibus tutorum et curatorum 27. 7, l. 1 §. 1 D. eod., l. 4 C. eod. 5. 54, l. 7 §. 13 D. de adm 26. 7, l. 1. 2. 4 C. de in lit. iur. 5. 53. Der Erbe haftet in diesem Fall, wie der Vormund: also für diligentia quam suis. L. 4 pr. cit.: — „tutelae iudicio eum teneri suo nomine". Von Anderen wird zwar behauptet, er hafte nur für lata culpa, auf Grund von l. 4 §. 1 D. h. t. Aber wenn man bedenkt, wie wenig inneren Grund eine solche Milderung haben würde (der Erbe will sich entweder unrechtmäßiger Weise bereichern, oder nimmt Geschäfte in die Hand, zu deren Besorgung ihn Niemand nöthigt), so wird man geneigt sein, die l. 4 §. 1 cit. dadurch zu beseitigen, daß man sie auf den Fall der Fortsetzung von Geschäften bezieht, welche der Vormund unvollendet hinterlassen hat (Note 10). L. 17 C. de neg. gest. 2. 19 handelt entweder von demselben Fall, oder von der Verhaftung des Erben für die Schuld des Vormundes (§. 438 Note 9). Noch Andere wollen den Erben für levis culpa schlechthin haften lassen; dieß stimmt ebensowenig zu dem „tutelae iudicio" in l. 4 pr. cit. Vgl. Glück XXXII S. 370 fg., Rudorff III S. 48.

10 L. 1 pr. D. h. t. 27. 7, l. 27 D. de app. 49. 1, l. 1 §. 1 D. si pendente app. 49. 13. Vgl. §. 408 Note 12, §. 411 Note 6.

1 S. §. 433 Note 10 und Nr. 3, §. 434 z. A. und Nr. 2, §. 435 Note 4, §. 436, §. 437 Note 5, §. 438 Note 16 und Nr. 3, §. 439 Note 13, §. 440, §. 443 Note 11. §. 445.

2 Die Obervormundschaft bildet einen Zweig der freiwilligen Gerichts-

obliegenden Pflichten, so haftet es[3] dem Mündel auf Schadenersatz, d. h. es muß seinerseits die Verbindlichkeit des Vormundes erfüllen[4], wenn weder von diesem noch von den für ihn haftenden Nebenpersonen etwas zu erlangen ist[5]. Ist ein Mitvormund vorhanden, so muß bei ungetheilter Verwaltung auch dieser vor-

---

barkeit. Competent ist das Gericht des Wohnsitzes des Mündels (das römische forum originis ist hier, wie überhaupt, unanwendbar, vgl. l. 1 §. 2 D. de tut. dat. 26. 5, l. un. C. ubi petantur 5. 32, Rudorff I S. 370. 372), welcher Wohnsitz regelmäßig der letzte Wohnsitz des Vaters sein wird. Vgl. Savigny Syst. VIII S. 341, Rudorff I S. 373, Glück XXIX S. 456—458. Seuff. Arch. VI. 49, X. 62, XI. 299. Hat aber der Mündel Vermögen in mehreren Gerichtsbezirken, so kann ihm in jedem derselben ein besonderer Vormund bestellt werden, wo denn auch jedes bestellende Gericht für das betreffende Vermögen eine besondere Obervormundschaft führt. L. 27 pr. D. de tut. dat. 26. 5, l. 21 §. 2 D. de excus. 27. 1, l. 2 C. eod. 5. 62. Glück XXIX S. 457, Rudorff I S. 371, Sintenis III §. 147 Note 88. Seuff. Arch. IV. 130; vgl. IV. 131 und VIII. 148.

3 Dig. 27. 8 Cod. 5. 75 de magistratibus conveniendis. R.P.O. Tit. 32 (31) §. 3. Glück XXIX S. 406 fg., Rudorff III S. 153 fg. — Nach römischem Recht hafteten nur die magistratus municipales (diese auf Grund eines Senatsschlusses aus der Regierung K. Trajan's, l. 5 C. h. t.) nicht die höheren Magistrate (l. 1 pr. §. 3 D. l. 5 C. h. t.; l. 1 §. 8 D. l. 6 C. h. t.; l. 1 §. 1 D. h. t., §. 4 I. de satisd. tut. 1. 24), und auch jene nur wegen Nichtbestellung eines Vormundes, oder weil sie nicht für gehörige Bürgschaftsleistung der Bestellten gesorgt hatten, oder wegen unrichtiger Informirung des höheren Magistrats (l. 1 §. 6 D. h. t., l. 1 §. 11. 17 D. eod., l. 2 §. 5 D. ad mun. 50. 1, §. 2 I. de satisd. tut. 1. 24; l. 1 §. 2. 3. 5. 10 D. l. 1. 4. 5 C. h. t., vgl. §. 444 Note 5). Dagegen heißt es in der R.P.O. a. a. O.: — „indeme dann alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher, und unserer Keyserlichen Gebott, sonders fleyßiges Auffsehen zu thun, aus tragendem Ampt, sich schuldig erkennen, und darumb keines Vormünders Fahrlässigkeit, noch weniger Vervortheilung bei seinem Pflegkind, oder dessen Gütern ungestraft hingehen lassen sollen". Auf Grund des Ausdrucks „fleyßiges Auffsehen" muß das Obervormundschaftsgericht auch für verantwortlich wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit erklärt werden, gegen die Regel (§. 470 Note 1), aber in Uebereinstimmung mit den Bestimmungen des römischen Rechts über die Verhaftung der magistratus (l. 1 §. 17 l. 4. 7 D. l. 2 C. h. t., s. aber auch l. 1 §. 2 D. h. t.).

4 In diesem Sinne heißt es in l. 9 D. h. t.: — „eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores". Vgl. l. 1 §. 14 D. h. t.: „privilegium in bonis magistratus pupillus non habet". In l. 1. 5 C. h. t. wird die Klage actio utilis genannt.

5 Den Mündeln wird die Klage gegen die Obrigkeit als Klage gegeben,

her ausgeklagt werden, während das Obervormundschaftsgericht vor demselben haftet, wenn die Verwaltung getheilt oder der Mitvormund ganz von der Verwaltung entbunden war[6]. Bei collegialischer Besetzung des Obervormundschaftsgerichts haften die Schuldigen solidarisch[7]; jedoch haben diejenigen, welche sich in gleicher Schuld befinden, abgesehen von dem Falle der Arglist, die Rechtswohlthat der Theilung[8], diejenigen, welche dem Collegen ein Geschäft überlassen haben, dessen Besorgung ihnen selbst in gleicher Weise obgelegen hätte, oder welche es nur an der nöthigen Beaufsichtigung haben fehlen lassen, die Rechtswohlthat der Vorausklage[9]. Auf die Erben des Schuldners geht die Verpflichtung über, so weit sie auf grober Nachlässigkeit beruht[10].

2. Andere Fälle der Vormundschaft*.

§. 446.

Die Vormundschaft über Unerwachsene ist, wenn auch der wichtigste, doch nicht der einzige Fall der Vormundschaft. Einen Vormund[1] bekommen oder können bekommen auch solche Personen, welche aus irgend einem anderen Grunde ihre Angelegenheiten

„quae ultimum eis praesidium possit adferre", §. 2 I. de satisd. 1. 24. Vgl. l. 5 C. h. t.

[6] S. §. 443 Note 6. 10. Vgl. übrigens auch Glück XXX S. 420 fg., Rudorff III S. 174 fg., Sintenis III S. 260 fg. in der Anm. S. 277 in der Anm. bei f.

[7] Es haftet nicht das Gericht als solches. Seuff. Arch. V. 298, XI. 252.

[8] L. 7. 8 D. l. 3 C. h. t.

[9] Für das Erste l. 1 §. 9 D. h. t.; für das Zweite die Analogie der Verhaftung einer Mehrheit von Vormündern (§. 443 Note 6).

[10] L. 4. 6 l. 2 C. h. t., §. 2 I. de satisd. 1. 24.

* Dig. 27. 10 de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. Cod. 5. 70 de curatore furiosi vel prodigi. — Glück XXXIII S. 100 fg., Rudorff I S. 118 fg., Kraut II S. 205 fg. 212. §. 446.

[1] Nach römischem Recht: einen curator. So wenig geschlechtsreife Minderjährige einen tutor bekommen, so wenig andere der Unterstützung Bedürftige. Die praktische Bedeutung hiervon ist, daß, wenn der Vormund in diesen Fällen den Mündel selbst will handeln lassen, nicht Theilnahme desselben an der Handlung des Mündels erforderlich ist, sondern einfacher Consens genügt (§. 432 Note 8. 9, §. 442 Note 3).

selbst zu besorgen nicht im Stande sind[2], namentlich Wahnsinnige und Geistesschwache[3], Verschwender[4], Kranke und Gebrechliche[5], Taube und Stumme[6]. Für diese anderen Fälle der Vormundschaft gelten die gleichen Grundsätze, wie für die Altersvormundschaft[7]; nur mit der einen Ausnahme, daß die Berufung zur Vormundschaft in diesen Fällen immer durch die Obrigkeit, nie

---

[2] L. 14 §. 7 D. de solut. 46. 3: — „curatori sibi non sufficientis, vel per aetatem, vel per aliam iustam causam". — L. 2 D. h. t., l. 12 pr. D. de tut. dat. 26. 5.

[3] Wahnsinnige, furiosi; diese schon nach der Bestimmung der 12 Taf., Ulp. XII. 2, §. 3 I. de cur. 1. 23, l. 13 D. h. t. Geistesschwache, fatui; l. 2 D. de post. 3. 1, l. 21 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Auf die bloße Geistesschwäche scheint auch der Ausdruck mente captus in §. 4 I. de cur. 1. 23 zu gehen, obgleich dieser Ausdruck in den Quellen sonst die Geistesstörung bezeichnet (I §. 54 Note 11). In lichten Zwischenräumen hört die Vormundschaft nicht auf, sondern ruht nur, l. 6 C. h. t. Vgl. „über die mit der Vormundschaft über Gemüthskranke verbundenen Obliegenheiten" v. Berg jur. Beobachtungen und Rechtsfälle III. 19, und in Betreff der Geistesschwäche noch Seuff. Arch. VIII. 230. Prozeßwahnsinn? Seuff. Arch. VII. 333, vgl. X. 183. — L. 6 D. h. t. „Observare praetorem oportebit, ne cui temere citra causae cognitionem plenissimam curatorem det . . ". Vgl. v. Arnold das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender (1861).

[4] Es wird in den Quellen als altes Gewohnheitsrecht bezeichnet, daß dem Verschwender durch richterlichen Spruch die Verwaltung seines Vermögens genommen werden könne. L. 1 pr. D. h. t., Paul. S. R. III. 4ª §. 7. Auf die nahe liegende Analogie des Wahnsinns (Verrücktheit!) machen dabei aufmerksam l. 1 pr. D. h. t., l. 12 §. 2 D. de tut. dat. 26. 5. Vgl. Sintenis III S. 287; Seuff. Arch. XII. 2, XIII. 81; X. 183 (VII. 333). Auch die 12 Taf. hatten diesen Bedürftigkeitsfall vorgesehen, jedoch nur in Betreff der väterlichen Intestaterbschaft. Ulp. XII. 2. 3; §. 3 I. de cur. 1. 23, l. 1 pr. l. 13 D. h. t. Eine besondere Abhandlung über die „cura prodigi" ist die von Gesterding Ausbeute I. 2. Vgl. auch die in der vorigen Note citirte Schrift von v. Arnold.

[5] §. 4 I. de cur. 1. 23, l. 4. 5 D. de post. 3. 1.

[6] §. 4 I. de cur. 1. 23, l. 3 §. 3 D. de post. 3 1, l. 8 §. 3 D. de tut. dat. 26. 5, l. 65 §. 3 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 20 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Vgl. Sintenis III §. 155 Anm. 28. S. noch Paul. S. R. IV. 12 §. 9. „Caeco curator dari non potest, quia ipse sibi procuratorem instituere potest".

[7] Vgl. die durchgehende Zusammenstellung des tutor und curator in den bei §. 432* citirten Titelrubriken, und von einzelnen Stellen z. B. l. 7 §. 3 l. 10 §. 1 l. 11 l. 12 l. 14 l. 17 D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 8 §. 1 l. 11 D. de reb. eor. 27. 9, l. 16 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 48 D. de adm. 26. 7, l. 1 pr. l. 2 pr. D. de excus. 27. 1, l. 2 §. 31 D. ad SC. Tert. 38. 17, l.

durch Gesetz oder letzten Willen erfolgt[8]. Jedoch haben die im letzten Willen Ernannten einen Anspruch auf vorzugsweise Berücksichtigung nach den Regeln des §. 433 Nr. 1[9], und in Ermangelung von letztwillig Ernannten bei Wahnsinn und Verschwendung einen gleichen Anspruch die nächsten Verwandten, bei der Verschwendung jedoch nur, was die väterliche Intestaterbschaft angeht[10].

3. Güterpflege*.

§. 447.

Es gibt Fälle, in welchen von Seiten des Staates eine Fürsorge nicht sowohl für die Vermögensangelegenheiten einer

---

4 §. 25 D. de doli exc. 44. 4, l. 4 §. 7. 8 D. rem pup. 46. 6, l. 56 §. 4 D. de furt. 47. 2.

8 Zwar beriefen die 12 Taf. zur Vormundschaft über Wahnsinnige und Verschwender die nächsten Agnaten, Ulp. XII. 2. 3, §. 3 I. de cur. 1. 23, l. 13 D. h. t.; aber nach Justinianischem Recht werden auch diese Personen Curatoren nur durch obrigkeitliche Bestellung. A. M. Glück XXXIII S. 169; allein die Stelle, auf welche er sich hauptsächlich beruft, l. 7 §. 6 C. h. t., beweist gerade das Gegentheil. Allerdings spricht Justinian in dieser Stelle von dem Falle: „(si) lex . . curatorem utpote agnatum vocaverit"; aber er bestimmt ebenso ausdrücklich, daß in diesem Falle eine „creatio" durch die Obrigkeit eintreten solle.

9 L. 16 D. h. t., l. 7 §. 5 C. h. t., l. 1 §. 3 l. 2 §. 1 D. de conf. tut. 26. 3 (vgl. l. 4 eod., §. 1 I. de cur. 1. 23). Vgl. §. 433 Note 14. — Man hat behauptet, der Wille des Vaters sei maßgebend für die Obrigkeit auch in Betreff der Frage, ob wegen Wahnsinns oder Verschwendung überhaupt eine Vormundschaft anzuordnen sei, wegen l. 16 D. h. t. Allein diese Stelle will dem Vater nur das Recht einräumen, für das von ihm hinterlassene Vermögen (vorbehaltlich des Pflichttheils) eine Curatel anzuordnen. Vgl. Glück XXXIII S. 144 fg., Rudorff I S. 314 fg., Francke Notherbenr. S. 436 fg., Mühlenbruch in der Fortsetz. von Glück XXXVII S. 432 fg., Sintenis III S. 284. 285 in der Anm.

10 L. 7 §. 6 C. h. t., l. 13 l. 16 D. h. t. Es ist unbedenklich, dasjenige, was diese Stellen von den Cognaten sagen, im Sinne des neuesten Rechts (Nov. 118 c. 5) auf die Agnaten zu übertragen; s. auch l. 5 C. h. t. L. 13 cit. verweist auf die Bestimmung der 12 Taf.; daher die Beschränkung im Text in Betreff der Verschwendung (Ulp. XII. 2. 3). Vgl. übrigens auch Sintenis III S. 285 in der Anm. 2. Col.

* Dig. 42. 7 de curatore bonis dando. Glück XXXIII S. 117 fg., §. 447.
Rudorff I S. 75 fg. 146 fg., Sintenis III §. 156.

bestimmten Person, als vielmehr für einen bestimmten Vermögenscomplex als solchen angeordnet wird. [1] Eine Güterpflege in diesem Sinne wird namentlich [2] angeordnet: für das von einem Abwesenden schutzlos zurückgelassene Vermögen [3], für eine Erbschaft, welche noch nicht ihren Herrn gefunden hat [4], für ein im Concurs befindliches Vermögen [5]. Für die Güterpflege gelten zwar im Allgemeinen die Grundsätze von der Vormundschaft [6]; im Besonderen aber kommt es auf den Inhalt des dem Pfleger ertheilten Auftrags an, und darnach entscheidet sich namentlich, ob derselbe auch zur Sorge für die nutzbare Anlage des Vermögens, oder bloß zur Sorge für die Erhaltung desselben verpflichtet bez. zu den dadurch gebotenen Maßregeln berechtigt ist [7].

---

[1] Cura bonorum.

[2] S. außerdem l. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1.

[3] L. 22 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 15 pr. D. quib. ex caus. mai. 4. 6, l. 6 §. 4 D. de tut. 26. 1, l. 6 §. 2 D. quib. ex caus. in po. 42. 4, l. 3 C. de postlim. revers. 8. 51. Der in den meisten dieser Stellen vorausgesetzte Fall ist der der Kriegsgefangenschaft. Vgl. Pfeiffer prakt. Ausführungen IV S. 352—360. Seuff. Arch. IV. 132.

[4] L. 1 §. 4 D. de mun. 50. 4, l. 1 D. h. t., l. 23 §. 2. 3 D. de her. inst. 28. 5, l. 8 D. quib. ex caus. in po. 42. 4, l. 22 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Besondere hierher gehörige Fälle sind: a) wenn der präsumtive Erbe noch ungeboren ist, l. 1 §. 4 D. de mun. 50. 4, l. 1 §. 2 D. h. t., l. 8 D. de cur. fur. 27. 10, l. 1 §. 17—26 l. 5 D. de ventre 37. 9; b) wenn der Streit über die Erbschaft wegen Unmündigkeit eines Erbschaftsprätendenten nicht sofort entschieden wird (bonorum possessio Carboniana), und keiner der Erbschaftsprätendenten Caution leistet, l. 1 §. 4 D. de mun. 50. 4, l. 5 §. 1. 2. 5 D. de Carb. ed. 37. 10. Von der cura bonorum ventris nomine (bei a) ist zu unterscheiden die cura ventris, welche die Pflicht und das Recht gibt, der schwangeren Frau den nöthigen Unterhalt aus der Erbschaft zu verabreichen, gewöhnlich aber der nämlichen Person übertragen wird, wie die erste, l. 1 §. 17. 18. 19 D. de ventre 37. 9, l. 1 §. 4 D. de mun. 50. 4.

[5] L. 2 D. h. t., l. 5. 9 D. de cur. fur. 27. 10.

[6] Vgl. l. 1 §. 22 D. de ventre 37. 9: — „curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum". Ferner l. 2 §. 2 5 l. 3 D. h. t., l. 8 D. de cur. fur. 27. 10, l. 3 C. de postl. rev. 8. 51.

[7] Bloße „custodia" im Gegensatz zur „administratio" wird in den Quellen namentlich zugeschrieben dem curator ventris und curator bonorum ventris nomine, l. 48 D. de adm. 26. 7, l. 1 §. 4 D. de mun. 50. 4; ebenso dem Erbschaftscurator in anderen Fällen, l. 1 §. 4 D. cit., l. 23 §. 3 D. de her. inst. 28. 5, l. 1 §. 2 D. h. t., und dem curator bonorum absentis, l. 6 §. 4 D. de

Auch ist die Uebernahme der Güterpflege nicht in allen Fällen Bürgerpflicht[8], und wo sie es nicht ist, muß eben deßwegen der freiwillig eintretende Vormund für Sorgfalt überhaupt, nicht bloß für relative Sorgfalt haften[9]. Zu bemerken ist auch noch, daß die Forderung gegen den Güterpfleger nicht, wie die gegen den Vormund, ein Concursprivilegium genießt[10]. —

[11] Ein eigenthümliches Verhältniß tritt nach deutschem Gewohnheitsrecht bei der Verschollenheit ein[12]. Das Vermögen des Verschollenen wird nämlich seinen nächsten Erben gegen Caution ausgeantwortet, zwar zur vormundschaftlichen Verwaltung, aber ohne Rücksicht darauf, ob sie persönlich zu derselben fähig sind[13].

---

tut. 26. 1, l. 1 §. 4 cit. Was den curator ex edicto Carboniano angeht, s. einerseits l. 1 §. 4 cit., andererseits l. 5 §. 5 D. de Carb. ed. 37. 10. Vom Concurscurator heißt es umgekehrt: „quaeque per eum ... acta facta gestaque sunt, rata habebuntur", l. 2 §. 1 D. h. t., wie er denn namentlich auch die Befugniß hat, das Vermögen zum Zweck der Befriedigung der Gläubiger zu veräußern. Uebrigens beruht die heutige rechtliche Stellung gerade des Concurscurators nicht bloß auf römischem Recht; die nähere Darstellung derselben gehört in das Prozeßrecht. — Aus der Praxis: Seuff. Arch. I. 114, XVI. 229, XVIII. 149.

[8] So braucht namentlich Niemand gegen seinen Willen Concurscurator zu werden, „nisi et magna necessitate et imperatoris arbitrio hoc procedat", l. 2 §. 3 D. h. t. S. andererseits l. 1 §. 4 D. de mun. 50. 4.

[9] Vgl. Hasse Culpa S. 272. 371, l. 53 §. 3 D. de furt. 47. 2. L. 9 §. 5 i. f. D. de reb. auct. iud. 42. 5 spricht nicht von dem Anspruch der Gläubiger, sondern von dem Anspruch des Schuldners; nichtsdestoweniger führen Puchta §. 330. e und Sintenis §. 156 Anm. 3 gerade diese Stelle als Beweis für den im Text aufgestellten Satz an.

[10] L. 19 §. 1 — l. 24 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5 (vgl. §. 271 Note 8).

[11] Vgl. zum Folgenden: Glück XXX S. 259 fg., Rudorff I S. 148 fg., Kraut II S. 217 fg., Pfeiffer prakt. Ausführungen II Nr. 5, Steinberger im Rechtslex. XII S. 695 fg., und vor Allem Bruns Jahrb. d. gem. R. I S. 126—132. 140—147. 152—168. 189—192. Seuff. Arch. IX. 45.

[12] Verschollenheit, im Gegensatz zur bloßen Abwesenheit, — eine derartige Abwesenheit, welche es zweifelhaft macht, ob der Abwesende noch lebt. Der Anfang der Verschollenheit ist nach den Umständen des besonderen Falles durch den Richter zu bestimmen.

[13] Der Begriff der cura ist auf das Rechtsverhältniß der Erben erst seit Carpzov angewendet worden. S. über das Nähere die Ausführungen von Bruns a. a. O. — Von Anderen wird dem Anspruch der Erben auf Her-

D. Amt.

§. 448.

Diejenigen, welche kraft Amtes[1] die Angelegenheiten des Staates oder einer juristischen Person verwalten, haften dem Staat und der juristischen Person, wenn nicht aus einem mit denselben abgeschlossenen Vertrag[2], so doch jedenfalls aus ihrer Anstellung[3], wie sie umgekehrt aus derselben einen Anspruch auf Vergütung der von ihnen geleisteten Dienste nach dem Inhalt ihrer Anstellung oder nach der Verfassung der juristischen Person

---

ausgabe des Vermögens zu vormundschaftlicher Verwaltung die gemeinrechtliche Geltung bestritten, so namentlich von Eichhorn, Mittermaier, Phillips in ihren Lehrbüchern des deutschen Privatrechts (§. 327 — II §. 429 — II §. 159,) ferner von Pfeiffer a. a. O. S. 236—239 und von Sintenis §. 156 Anm. 5. S. dagegen Kraut S. 245. 246 und namentlich Bruns S. 189 fg., jetzt auch Beseler in der 2. Auflage seines Lehrbuchs des deutschen Privatrechts §. 148). Auch im Einzelnen ist hier Manches streitig, vor Allem, ob, wenn das Vermögen an den Zurückkehrenden wieder herausgegeben werden muß, auch die gezogenen Früchte mit herauszugeben sind? Dafür Pfeiffer S. 247 fg., Glück S. 283 fg., Kraut S. 237 fg.; dawider Rudorff S. 151, Steinberger S. 699 fg., und namentlich Bruns S. 192. 193 (S. 146. 164 fg.).

§. 448. [1] Auch die Vormundschaft ist in gewisser Weise ein Amt. Insofern ist die hier der Kürze wegen gewählte Bezeichnung nicht genau.

[2] Die Frage, ob zwischen dem Staate und dem von ihm angestellten Beamten ein Vertragsverhältniß bestehe, oder nicht, bleibt, in gleicher Weise wie die nähere Darstellung der für das Rechtsverhältniß zwischen dem Staate und dem Staatsbeamten maßgebenden Grundsätze, billig der Disciplin des Staatsrechtes überlassen. S. darüber Zachariae deutsches Staats- und Bundesrecht II §. 135 fg., Buddeus im Rechtslex. I S. 744 fg., Sintenis II §. 119 Anm. 11. Daß zwischen einer juristischen Person und ihren Beamten ein Vertragsverhältniß bestehen kann, liegt ebenso sehr auf der Hand, als andererseits, daß die Beamten einer juristischen Person möglicherweise ohne Vertrag kraft der Verfassung der juristischen Person eintreten können, so namentlich bei Gemeinden, Kirchen, Stiftungen. — Soweit in diesen Fällen ein Vertragsverhältniß vorliegt, fällt dasselbe unter die in §. 404 und 409 bezeichneten Kategorien.

[3] Aus dem römischen Recht gehören hierher die Bestimmungen über das Verpflichtungsverhältniß der Gemeindebeamten (magistratus municipales) gegenüber der Gemeinde. Dig. 50. 8 de administratione rerum ad civitates pertinentium. Cod. 11. 30. 33—35. 38. Es kann aber von diesen Bestimmungen

haben. Ihre Verhaftung erstreckt sich auf alle Nachlässigkeit[4]. Mehrere für dasselbe Amt berufene Personen haften, soweit sie eine Schuld trifft, solidarisch nach den in §. 443 zu Note 9 und 10 angegebenen Regeln[5].

---

für das heutige Recht nur zum Zwecke der Unterstützung von Sätzen Gebrauch gemacht werden, welche sich schon aus allgemeinen Grundsätzen ergeben; insofern jene Bestimmungen von allgemeinen Grundsätzen abweichen, muß bei der großen Eigenthümlichkeit des römischen Municipalwesens ihre heutige Anwendbarkeit zurückgewiesen werden. Dahin gehört namentlich die Bestimmung, daß die magistratus wegen Arglist auf das Doppelte haften sollen (l. 9 §. 4 D. h. t.), anderentheils aber die von ihnen gelegte Rechnung nur binnen eines Zeitraumes von 20, gegen ihre Erben von 10 Jahren, angefochten werden könne (l. 13 §. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3); ferner die subsidiäre Verhaftung des nominator oder creator, d. h. des nach Amtspflicht beim Abtritt seinen Nachfolger bezeichnenden magistratus (l. 2 §. 7 D. h. t., l. 11—13 D. ad mun. 50. 1, Cod. 11. 33 de periculo nominatorum). Vgl. Funke Beiträge zur Erörter. prakt. Rechtsmaterien Nr. 2, Sintenis II §. 119 Note 11, Keller Pand. S. 604.

4 Denn die Uebernahme des Amtes ist freiwillig und so fällt der Milderungsgrund, welcher sich bei der Vormundschaft geltend macht (§. 438 Note 5. 6), hier weg. — Auch die römischen Gemeindebeamten hafteten für omnis culpa, l. 6 D. de adm. rer. 50. 8. Daß sie für ausgeliehene Capitalien auch ohne alle Verschuldung gehaftet hätten, welche Behauptung sich bei Puchta §. 358. c, Sintenis II S. 684 in der Anm., Funke a. a. O. S. 112 findet, geht doch aus den dafür angeführten Stellen (l. 9 §. 9 D. de adm. rer. 50. 8, l. 4 C. quo quisque ord. 11. 35, l. un. C. de his qui ex off. 11. 38) nicht mit Sicherheit hervor (vgl. l. 18 l. 24 i. f. C. de adm. tut. 5. 37, — l. 21 §. 1 l. 24 D. ad mun. 50. 1, l. 17 §. 7 D. de usur. 22. 1). — Die Behauptung, daß auch hier, wie bei der Vormundschaft (§. 438 Note 9), die Erben des Beamten nur wegen lata culpa desselben haften, läßt sich nicht rechtfertigen. Seuff. Arch. IV. 116.

5 Das Gesagte folgt aus allgemeinen Grundsätzen, und steht in Einklang mit den Bestimmungen des römischen Rechts über die Verhaftung mehrerer Gemeindebeamten: l. 11 pr. — l. 13 D. ad mun. 50. 1, l. 2 §. 8. 9. 10 l. 3 l. 4 pr. l. 9 §. 8 D. de adm. rer. 50. 8, l. 45 D. de adm. tut. 26. 7, l. 1. 2. 3. 4 C. quo quisque ord. 11. 35. (Ueber das Verhältniß der Verhaftung des nominator zu der des Mitbeamten widersprechen sich l. 11. 13 D. ad mun. 50. 1 und l. 2 C. quo quisque ord. 11. 35, vgl. auch l. 3 eod.).

E. Gemeinschaft und Grenzverwirrung.

1. Gemeinschaft*.

§. 449.

Die Thatsache, daß mehreren Personen ein dingliches Recht gemeinschaftlich ist, erzeugt zwischen denselben ein Verpflichtungsverhältniß [1], dessen Inhalt im Einzelnen unter freiem richterlichen

---

§. 416. * Dig. 10. 3 Cod. 3. 37 communi dividundo. Cod. 3. 38 communia utriusque iudicii tam familiae herciscundae quam communi dividundo. — Unterholzner II §. 529—531, Sintenis II §. 122. Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 192—207. Brinkmann Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander (Kiel 1855).

[1] Das Verpflichtungsverhältniß wird begründet durch die Thatsache, daß ein dingliches Recht mehreren Personen gemeinschaftlich ist: in welcher Weise diese Thatsache entstanden ist, und namentlich ob sie durch Vertrag entstanden ist oder nicht, ist gleichgültig (l. 2 pr. D. h. t., l. 65 §. 13 D. pro soc. 17. 2). Neuere nennen die nicht durch Vertrag entstandene Gemeinschaft communio incidens (vgl. l. 31 D. pro soc. 17. 2: „quum non affectione societatis incidimus in communionem", auch l. 25 §. 16 D. fam. herc. 10. 2). — Das Verpflichtungsverhältniß wird begründet durch die Thatsache, daß ein dingliches Recht mehreren Personen gemeinschaftlich ist: Eigenthum (welcher Fall der Haupt- und Normalfall ist, so daß in allen anderen Fällen nach römischer Auffassung und Ausdrucksweise nur actio utilis stattfindet), Emphyteusis (l. 7 pr. D. h. t.), Superficies (l. 1 §. 8 D. de superf. 43. 18), Nießbrauch (l. 7 § 7 D. h. t., l. 13 §. 3 D. de usufr. 7. 1, l. 4 i. f. D. de aqua quot. 43. 20), Gebrauchsrecht (l. 10 §. 1 D. h. t.), erbliches Recht auf einzelne Nutzungen (l. 19 §. 4 D. h. t., — doch ist freilich das Verständniß dieser Stelle sehr bestritten, vgl. Schrader civ. Abhandl. S. 300, Elvers röm. Servitutenlehre S. 109, Böcking Pand. II § 169 Note 18, Sintenis Anm. 39 und Anm. 3 Nr. 2, Vangerow I S. 714), Pfandrecht (l. 7 §. 6. 12. 13 D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 29 D. fam. herc. 10. 2). In Betreff der Grunddienstbarkeiten s. l. 4 D. de aqu. quot. 43. 20 (welche Stelle übrigens hauptsächlich von dem Falle handelt, wo für die mehreren Berechtigten keine Identität des Rechtes stattfindet, von dem Falle der Identität nur nebenbei, vv. *cedi simul vel separatim*), aber auch l. 19 §. 4 D. h. t., l. 31 §. 7 D. de neg. gest. 3. 5 (l. 19 § 2 D. h. t. handelt von einem Falle, wo keine Identität des Rechts stattfindet). Vgl. Brinkmann S. 116 fg. 174 fg. Der wirklichen Berechtigung steht der redliche Erwerb gleich (l. 7 §. 2. 3 D. h. t.), ja schon die durch Einweisung in den Besitz erlangte „iusta causa possidendi" (l. 7 §. 8 D. h. t.). Dagegen begründet Gemeinschaft des bloßen Besitzes das Verpflichtungsverhältniß nicht, l. 7 §. 4. 5 D. h. t. Ebenso wenig wird es durch

Ermessen steht[2], welches sich aber hauptsächlich in folgenden Punkten äußert[3].

1. Jeder Theilhaber ist verpflichtet, seinem Genossen denjenigen Gebrauch zu gestatten, zu welchem derselbe kraft seiner Mitberechtigung oder kraft getroffener Vereinbarung befugt ist, so wie sich seinerseits desjenigen Gebrauchs zu enthalten, welcher ihm durch die Mitberechtigung des Genossen oder durch getroffene Vereinbarung untersagt ist[4].

2. Jeder Theilhaber ist verpflichtet, seinem Genossen zu ersetzen:

a) was er aus der Gemeinschaft in sein besonderes Vermögen gebracht hat[5]; ebenso was er durch Vermittlung der Ge-

---

die Gemeinschaft eines obligatorischen Rechts begründet, l. 7 §. 11 D. h. t. — Das durch die Gemeinschaft begründete Verpflichtungsverhältniß wird in den Quellen als quasi ex contractu bezeichnet, §. 3 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27. Die demselben dienende actio heißt actio communi dividundo, — eine ungenaue Bezeichnung, da der Theilhaber dem Theilhaber nicht bloß auf Theilung verpflichtet ist, und auf anderweitige Leistungen nicht bloß bei Gelegenheit der Theilung. Ueber das Letztere s. l. 6 §. 1 l. 11 D. h. t., l. 24 pr. l. 31 D. fam. her. 10. 2, und die Stellen in Note 3; vgl. Unterholzner S. 394 I, Sintenis Anm. 23. 24. Seuff. Arch. IV. 38. — Die Eigenthümlichkeiten des Verpflichtungsverhältnisses aus Gemeinschaft einer Erbschaft (actio familiae herciscundae, Dig. 10. 2, Cod. 3. 36) gehören in das Erbrecht. Zulässigkeit der actio communi dividundo vor der Erbtheilungsklage: Seuff. Arch. IV. 39, XIII. 222.

[2] Die actio communi dividundo ist bonae fidei, l. 4 §. 2 l. 14 §. 1 l. 24 pr. D. h. t., §. 28 I. de act. 4. 6.

[3] Vgl. außerdem z. B. l. 41 l. 8 D. de nox. act. 9. 4, l. 16 §. 6 D. fam. herc. 10. 2, l. 61 pr. D. de furt. 47. 2; l. 19 §. 2 l. 20 D. de pec. 15. 1.

[4] Diese Richtung der actio communi dividundo wird gewöhnlich ganz übersehen, ja in dem Urtheil bei Seuff. Arch. IX. 268 ausdrücklich geleugnet (vgl. auch das. XIII. 24). Und doch ist sie in den Quellen so bestimmt anerkannt, wie irgend Etwas. S. l. 12 l. 23 D. h. t, l. 26 D. de S. P. U. 8. 2, l. 4 D. de serv. leg. 33. 3, l. 3 §. 1. 2 D. de O. N. N. 39. 1, l. 13 §. 3 D. de usufr. 7. 1. — Eine Untersuchung darüber, welche Klagen durch die actio communi dividundo ausgeschlossen werden, stellt an K. A. Schneider in Sell's Jahrb. I. 10; vgl. auch Brinkmann S. 54 fg., Sintenis Anm. 3 a. E. S. noch Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII. 3.

[5] L. 3 pr. l. 4 §. 3 l. 6 §. 1. 2. 4 D. h. t., l. 19 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 34 D. pro soc. 17. 2, §. 4. 5 I. de off. iud. 4. 17. Seuff. Arch. IV. 37. Hat er nicht aus der Gemeinschaft, sondern aus dem Antheil des

meinschaft aus dem Vermögen des Genossen in sein Vermögen gebracht hat[6].

b) Er muß ferner ersetzen, worum er durch seine Schuld die Gemeinschaft[7], oder durch Vermittlung der Gemeinschaft das Vermögen des Genossen[8] geschädigt hat. Was Schuld sei, wird hier nach denselben Grundsätzen bemessen, wie bei der Gesellschaft, so daß der Theilhaber nur für relative Sorgfalt einsteht[9].

c) Endlich muß der Theilhaber ersetzen, was der Genosse aus seinem Vermögen im Interesse der Gemeinschaft aufgeopfert hat[10]. Ebenso was derselbe wegen der Gemeinschaft im Interesse des Theilhabers selbst aufgeopfert hat[11].

---

anderen Genossen etwas in sein Vermögen gebracht, so ist nicht actio communi dividundo, sondern actio negotiorum gestorum begründet, l. 6 §. 2 D. h. t., l. 20 C. fam. herc. 3. 36, l. 19 C. de neg. gest. 2. 19. Vgl. §. 431 Note 13 und Brinkmann S. 72 fg. 100 fg.

6 L. 24 D. h. t.

7 L. 3 pr. l. 8 §. 2 l. 10 pr. l. 20 l. 26 l. 28 D. h. t., l. 4 C. h. t., l. 34 D. pro soc. 17. 2, l. 2 §. 1 D. de relig. 11. 7, §. 4. 5 I. de off. iud. 4. 17. Vgl. Seuff. Arch. VII. 185. (?)

8 L. 8 D. de nox. act. 9. 4.

9 L. 25 §. 16 D. fam. herc. 10. 2.

10 L. 3 pr. l. 4 §. 3 l. 6 pr. — §. 3 §. 12 D. h. t., l. 34 D. pro soc. 17. 2. Im Interesse der Gemeinschaft: l. 6 §. 12 cit. („si interfuit aedium hoc fieri"), vgl. l. 25 §. 15 D. fam. herc. 10. 2 („cum hoc expediret", „cogente necessitate"), l. 18 §. 1 C. eod. 3. 36 („sumtus . . . facti bona fide"). Brinkmann S. 36 Nr. 9. Im Interesse der Gemeinschaft: bei Aufopferungen, die nicht im Interesse der Gemeinschaft, sondern im Interesse des Antheils des andern Genossen gemacht worden sind, ist nur actio negotiorum gestorum begründet, l. 6 §. 7 D. h. t., l. 40 D. de neg. gest. 3. 5, vgl. l. 3 C. de neg. gest. 2. 19, und auf der anderen Seite l. 18 §. 6. 7 l. 25 §. 14. 15 D. fam. herc. 10. 2, l. 78 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1. S. §. 431 Note 13 und Brinkmann S. 78 fg. — Hält der Theilhaber sich für den allein Berechtigten, so fällt die actio communi dividundo weg, wie die actio negotiorum gestorum und die condictio sine causa wegfallen (§. 431 Note 18, §. 422 Note 7), und es besteht bloß Retentionsrecht, l. 14 §. 1 l. 29 D. h. t. Aber gilt dieser Satz auch für den Fall, wo zunächst auf Theilung geklagt, und nur bei dieser Gelegenheit Ersatz für die Verwendungen verlangt wird? Es ist unmöglich, diese Frage zu bejahen; war die Formel der actio communi dividundo doch auf bona fides gestellt! Ob aber hieraus in l. 14 §. 1 cit. der mit den Worten „quae cum ita sint" beginnende Satz zu erklären ist, wie Witte Bereicherungsklagen S. 9 fg. auszuführen sucht, ist mir äußerst zweifelhaft. Andere Ansichten in Betreff dieses Satzes bei Glück XI S. 152 fg., Sin-

3. Jeder Theilhaber ist verpflichtet, auf Verlangen des Genossen mit demselben abzutheilen[12]. Dieses Recht wird selbst durch Verzicht nicht verloren[13]; nur ein Verzicht auf Zeit bindet[14]. Die Theilung kann entweder durch Uebereinkunft der Parteien geschehen, oder durch den Richter. Durch den Richter erfolgt sie nicht nur dann, wenn ein Theilhaber sich der Theilung widersetzt, sondern es können auch die Theilhaber im Falle, wo sie über die Theilung selbst ganz einig sind, die Ausführung derselben in die Hand des Richters geben[15], — in dem einen und dem anderen Falle aber ist die richterliche Theilung ein Act nicht sowohl der streitigen, als der freiwilligen Gerichtsbarkeit[16]. Zum Zweck der Theilung hat der Richter die Befugniß, dingliche Rechte

---

tenis Anm. 22. Vgl. auch Brinkmann S. 58. — S. noch Brinkmann S. 35 Nr. 7 u. 8, S. 60 Nr. 16.

[11] L. 27 §. 8 D. de pec. 15. 1, l. 8 §. 3 l. 9 l. 15 l. 25 D. h. t.; l. 13 §. 2 l. 14 D. de inst. act. 14. 3; l. 17 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 8 §. 3 l. 15 D. h. t.

[12] L. 5 C. h. t. „In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri". S. jedoch l. 19 §. 1 D. h. t. und Seuff. Arch. VII. 276, XV. 126.

[13] L. 14 §. 2 D. h. t.

[14] L. 14 §. 2. 3 D. h. t. Auf welche Zeit? Auf solche Zeit, welche einem bestimmten Bedürfnisse oder Interesse entspricht. S. auch l. 14 §. 2 D. h (t. vv. *quod etiam ipsius rei qualitati prodest*). Der Vertrag, binnen einer gewissen Zeit nicht Theilung verlangen zu wollen, bindet auch die Sondernachfolger. L. 14 §. 3 cit., l. 16 §. 1 D. pro soc. 17 2. Vgl. hierzu l. 14 §. 1 h. t. (vv. *sed is qui a me emerit.*)

[15] Die Quellen bezeichnen nirgends einen Streit über das Ob der Theilung als Voraussetzung der richterlichen Theilung, l. 3 pr. l. 4 pr. §. 3 D. h. t., §. 20 I. de act. 4. 6, vgl. l. 1 pr. l. 2 pr. D. fam. herc. 10. 2; ja sie setzen es als das Regelmäßige voraus, daß ein solcher Streit nicht stattfinde, l. 3 §. 1 l. 13 l. 21 D. h. t., vgl. l. 1 pr. l. 5 l. 16 pr. l. 43 D. fam. herc. 10. 2.

[16] Auch im ersten Fall; auch in ihm entscheidet der Richter, indem er theilt, keinen Streit. Deßwegen bildet auch die dem Theilungsrichter zustehende Befugniß, den Kläger (bez. den die Theilung Beantragenden, vgl. l. 13. 14 D. de iud. 5. 1) selbst ohne Antrag des Gegners zu verurtheilen, im Grunde keine Ausnahme von dem Principe (vgl. I §. 127 Note 2). — S. über das in dieser und der vorigen Note Gesagte Zimmermann a. a. O. S. 195—207, welcher Schriftsteller übrigens die richterliche Theilung im ersten Fall nach heutigem Recht als Executionsverfahren auffaßt.

zu begründen[17]. Bei der Ausführung der Theilung muß er das Interesse der Parteien zur Richtschnur nehmen, und daher vorzugsweise etwaige Vereinbarungen derselben berücksichtigen[18]. Im Uebrigen hat er freie Hand, und kann namentlich nicht bloß dadurch theilen, daß er die gemeinschaftliche Sache körperlich zerlegt[19], oder die mehreren gemeinschaftlichen Sachen unter die einzelnen Theilhaber vertheilt[20], sondern auch dadurch, daß er dem einen Theilhaber das Gemeinschaftliche ganz, dem andern eine Entschädigung zuspricht, oder auch dadurch, daß er es einem Dritten verkauft, und den Kaufpreis unter den Theilhabern vertheilt[21]. Bei Nutzungs- und Gebrauchsrechten kann auch die bloße Ausübung getheilt werden[22]. Ein gemeinschaftliches Pfandrecht wird dadurch getheilt, daß das Pfand dem einen Theilhaber gegen Ausbezahlung des andern ganz zugesprochen wird[23]. —

---

17 Der Ausdruck dieser Befugniß in der römischen Formula war die adiudicatio. Gai. IV. 42.

18 L. 21 l. 3 §. 1 D. h. t.

19 L. 6 §. 8 l. 7 §. 1 D. h. t., l. 1. 3 C. h. t., §. 5 I. de off. iud. 4. 17, l. 34 §. 2 C. de don. 8. 54; l. 3 C. h. t., vgl. §. 4. 5 I. de off. iud. 4. 17. — Begründung von Dienstbarkeiten an Dem, was einem Theilhaber zugesprochen ist, zu Gunsten des andern, l. 7 §. 1 l. 18 D. h. t.

20 L. 6 §. 8. 9 l. 19 §. 3 D. h. t., l. 3 C. h. t., §. 5 I. de off. iud. 4. 17. Seuff. Arch. XVIII. 35. Eine Geldentschädigung kann auch bei der ersten Theilungsart vorkommen, wenn das jedem der Theilhaber Zugewiesene ihrem Antheil an der Gemeinschaft nicht entspricht, l. 3 C h. t., §. 20 I. de act. 4. 6, §. 5 I. de off. iud. 4. 17. — Daß der Richter zur Sicherheit der Geldentschädigung an dem dem Schuldner Zugewiesenen ein Pfandrecht begründen kann, ist deßwegen nicht weniger sicher, weil es in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt ist (I §. 233 Note 1). — Möglicherweise kann die Entschädigung auch darin bestehen, daß dem einen Theilhaber der Nießbrauch an der Sache zugesprochen wird, l. 6 §. 10 D. h. t., l. 6 §. 1 D. de usufr. 7. 1.

21 L. 3 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. I. 98. 261, XV. 125.

22 L. 7 §. 10 i. f. D. h. t., l. 13 §. 3 D. de usufr. 7. 1, l. 19 §. 4 D. h. t., l. 4 l. 5 pr. D. de aqua quot. 43. 20. — Theilung durch reale Zerlegung des Gegenstandes des Nutzungsrechtes: l. 7 §. 10 D. h. t. Theilung mit Hülfe einer Geldentschädigung: l. 7 §. 10 cit., l. 10 §. 1 D. h. t. — Eine Auseinandersetzung in Betreff der Ausübung kann auch nothwendig werden, ohne daß eine Identität des Rechtes für die mehreren Berechtigten stattfindet. L. 4 D. de aqua quot. 43. 20, l. 25 D. de S. P. R. 8. 3.

23 Wobei jedoch in den Quellen die rechtliche Stellung des Ausbezahlenden nicht sowohl auf die Adjudication, als vielmehr auf die Ausbezahlung als

Auf die Theilung, mag sie durch den Vertrag der Parteien, oder durch den Richter erfolgt sein, finden die Grundsätze von der Entwehrung Anwendung, obgleich auch ohne Entwehrung ein Anspruch wegen Nichtverschaffung des gehörigen Rechts begründet sein kann[24]. — Angefochten werden kann die Theilung, richterliche oder vertragsmäßige, nur aus allgemeinen Gründen[25]. —

---

solche gestützt wird. L. 7 §. 12. 13 D. h. t., l. 29 D. fam. herc. 10. 2. Doch sind die Meinungen hier verschieden. Vgl. Dernburg Pfandrecht II S. 393 fg., Schmid Cession I S. 226 fg., und speziell zu l. 29 D. cit. außer den I §. 233a Note 1 Genannten noch Dernburg a. a. O. S. 43 fg., Schmid a. a. O. S. 270 fg. — Theilung durch reale Zerlegung des Pfandgegenstandes ist principiell nicht ausgeschlossen, aber bedenklich, wegen der dadurch leicht herbeigeführten Werthminderung, welche der Schuldner sich nicht gefallen zu lassen braucht.

[24] S. §. 392 Note 3.

[25] Es wird behauptet: 1) daß das richterliche Urtheil auch wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne; dieß ist gewiß unrichtig. Glück XI S. 89 fg. 2) Es wird Anfechtbarkeit des Theilungsvertrages wegen Verletzung über die Hälfte behauptet. Die Richtigkeit dieser Meinung hängt davon ab, ob die für den Kauf gegebene Vorschrift (l. 2 C. de resc. vend. 4. 44) auf andere zweiseitige Verträge auszudehnen ist, s. darüber §. 396 Note 10. 3) Es wird behauptet, daß der Theilungsvertrag wegen jeder (nicht ganz unerheblichen) Verkürzung angefochten werden könne. S. namentlich Glück a. a. O. S. 92 a. E., Holzschuher III §. 309 Nr. 7. b, Sintenis Anm. 44, Arndts §. 320 a. E. Diese Meinung wird gestützt auf l. 3 C. comm. utr. iud. 3. 38. „Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri: quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur". Ich glaube nun zwar nicht, daß es gerechtfertigt ist, wie man von der anderen Seite gewollt hat, in dem Worte perperam einfach eine Wiederholung des Vorhergehenden (per fraudem vel dolum) zu sehen (vgl. übrigens die ursprüngliche Fassung der Stelle in Consult. II. 6 und Cod. Gregor. ed. Haenel p. 22), halte es aber auch für viel zu bedenklich, bloß auf Grund dieses ganz unbestimmten Ausdrucks einen von allgemeinen Grundsätzen so sehr abweichenden Satz einzuführen; um so mehr, als der Schluß der Stelle ja ausdrücklich auf die Regel der bonae fidei iudicia hinweist. Das versteht sich übrigens von selbst, daß wegen irriger Voraussetzung, und namentlich wenn der Theilung ein unrichtiges Berechtigungsverhältniß zu Grunde gelegt worden ist, ein Anfechtungsrecht allerdings begründet ist, und gerade auf diesen Fall ist vielleicht das „perperam" der l. 3 C. cit. zu beziehen. S. l. 36 D. fam. herc. 10. 2 und das Urtheil des OAG. zu Lübeck bei Seuff. Arch. XII. 30; auch das. IV. 222. Gegen die bei 3) bezeichnete Meinung das. I. 262. 263.

Getheilt werden kann auch unter Einigen der Theilhaber; natürlich aber wird das Recht der Uebrigen durch eine solche Theilung nicht berührt[26].

2. Grenzverwirrung*.

§. 450.

Eine Gemeinschaft kann in gewissem Sinne auch durch die Grenzverwirrung[1] entstehen. Wenn nämlich auf Grenzberichtigung geklagt wird,[2] so hat der Richter zwar zunächst die richtige Grenze

---

[26] L. 8 pr. D. h. t., l. 2 §. 4 D. fam. herc. 10. 2, l. 17 C. eod. 3. 36. Ein besonderer, sorgfältiger, Aufsatz über diesen Fall von Zimmermann (in Lübeck) „über die Theilung unter wenigen Kommunions-Interessenten": Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 9. 14 1851. Dieser Schriftsteller weist namentlich nach, daß die Klage auf Theilung nicht durch die Einrede mehrerer Mitberechtigten zurückgewiesen werden könne, andererseits es allerdings dem Beklagten unbenommen sei, seinerseits auch die übrigen Mitberechtigten mit in das Theilungsverfahren hineinzuziehen. Dagegen halte ich die Gründe, aus welchen Zimmermann behauptet, daß zwischen einigen Mitberechtigten eine Theilung durch körperliche Zerlegung der gemeinschaftlichen Sache nicht zulässig sei (S. 215 fg. 219), nicht für überzeugend.

§. 450. * Dig. 10. 1 Cod. 3. 39 finium regundorum. — Puchta Zeitschr. f. Recht und Gesetzgeb. in Kurhessen II S. 1 fg., kl. civ. Schriften Nr. 21 (1837). Wiederhold Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII. 3 (1839). Sternberg das. XVII. 13 (1842). Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. X. 7 (1842). Ders. Schriften der röm. Feldmesser II S. 422 fg. (1852). Hoffmann Arch. f civ. Pr. XXXI. 16 und XXXV. 10 (1848. 1852). Karlowa Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses S. 141—162 (1865). Sintenis II S. 722—723, Vangerow III §. 658 Anm. Ueber das Rechtshistorische s. namentlich Rudorff und Karlowa a. a. O.

[1] Dieselbe ist nicht möglich zwischen angrenzenden Gebäuden. L. 2 pr. l. 4 §. 10 D. h. t. S. auch l. 4 §. 11 l. 5. 6 D. h. t. Vgl. Puchta a. a. O. kl civ. Schr. S. 350 fg. Seuff. Arch. XIV. 129.

[2] Actio finium regundorum. Dieselbe ist zunächst nichts Anderes, als Inanspruchnahme eines Stückes Land, welches aus dem ruhigen Besitz herausgekommen ist. Daher l. 1 D. h. t. „Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est". — Die Meinung von Wiederhold, daß die actio finium regundorum wesentlich auf Abmarkung, und nur bei dieser Gelegenheit möglicherweise auch auf Grenzberichtigung gehe, findet in den Quellen keine Rechtfertigung. — Man unterscheidet heutzutage wohl zwischen einer actio finium regundorum qualificata und simplex, je nachdem der Kläger eine bestimmte Grenze als die richtige behauptet, oder nicht. Vgl. Puchta a. a. O.

aufzusuchen, und demgemäß sein Urtheil zu fällen[3]; wenn er aber die wahre Grenze nicht auffinden kann, so bleibt ihm nichts Anderes übrig, als das streitige Stück als gemeinschaftlich zu behandeln, und dasselbe zwischen den Parteien zu theilen[4]. Es ist ihm auch erlaubt, die wahre Grenze, um künftiger Grenzverwirrung vorzubeugen, zu verlegen,[5] natürlich unter Zuerkennung einer Geldentschädigung an denjenigen, welcher dadurch verliert[6]. Er kann auch Maßregeln zum Schutz der Grenze anordnen[7]. Endlich kann er den Parteien, auf ihren Antrag, auch Ersatz für gezogene Nutzungen, erlittenen Schaden und gemachte Verwendungen zusprechen[8]. — Der Grenzberichtigungsanspruch kann nicht bloß von dem Eigenthümer und gegen denselben, sondern auch von dem Emphyteuta, Superficiar, Nießbraucher, Pfandberechtigten, und gegen diese Personen erhoben werden[9]. — Auf die ordentliche Ersitzung darf der Grenzrichter keine Rücksicht nehmen, wohl auf die dreißigjährige Verjährung[10].

---

kl. Schr. S. 348. 353 fg. Seuff. Arch. V. 16. — Vgl. noch Seuff. Arch. XVIII. 243.

[3] L. 4 pr. D. h. t. Seuff. Arch. XIV. 29, 136; auch V. 17.

[4] L. 2 §. 1 D. h. t.

[5] Um ihm diese, so wie die zur folgenden Note bezeichnete Maßregel zu ermöglichen, stand in der Formula der actio finium regundorum, wie in der der eigentlichen Theilungsklagen, die adiudicatio, so wie eine duplex condemnatio. Gai. IV. 42, §. 6 I. de off. iud. 4. 17, l. 10 D. h. t., l. 13 D. de iud. 5. 1, l. 37 §. 1 D. de O. et. A. 44. 7.

[6] L. 2 §. 1 l. 3 D. h. t., §. 6 I. de off. iud. 4. 17.

[7] L. 4 §. 3 D. h. t.

[8] L. 4 §. 1. 2 D. h. t., §. 6 I. de off. iud. 4. 17, l. 56 D. fam. herc. 10. 2. Ueber die Lesart in l. 4 §. 1 cit. s. Glück X S. 445 Note 63. L. 4 §. 2 cit. verweist für die vor dem Prozeß mala fide gezogenen und verzehrten Früchte auf eine condictio. Es ist kaum glaublich, daß der römische Grenzrichter nicht auch auf diese Früchte hätte sollen erkennen können; denn ohne Zweifel war die actio finium regundorum bonae fidei, wie die actio communi dividundo und familiae herciscundae. Jedenfalls ist für uns die Stelle ohne alle Bedeutung.

[9] L. 4 §. 9 D. h. t.

[10] L. 5. 6 C. h. t. (Ueber das Geschichtliche s. Rudorff und Karlowa a. a. O. Die Ansicht des Ersteren, welche bisher allgemeine Billigung gefunden hat, geht dahin: das ältere römische Recht habe bei der actio finium regundorum unterschieden zwischen den Streitigkeiten über den technisch s. g. finis, d. h.

III. Forderungen aus Vergehen und verwandte Fälle.

A. Arglist*.

§. 451.

Das römische Recht hat nicht den Satz aufgestellt, daß Jeder den durch seine Schuld[1], wohl aber den Satz, daß Jeder den durch seine Arglist entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet sei[2]. Das arglistige Verhalten kann möglicherweise den Thatbestand eines besonderen Vergehens bilden; von diesen Fällen wird in den folgenden §§. besonders die Rede sein[3]. Wo dieß nicht der Fall ist, gelten folgende Regeln.

---

den durch die 12 Taf. und die lex Mamilia geordneten fünffüßigen Grenzsaum, und den Streitigkeiten, welche darüber hinausgingen (controversia de loco) und die Ersitzung nur bei Streitigkeiten der ersten Art ausgeschlossen, nicht bei Streitigkeiten der zweiten Art; im Jahre 385 aber sei durch die l. 4 C. Th. fin. reg. 2. 26 (verstümmelt als l. 5 C. h. t.) die controversia de loco der controversia de fine in dieser, wie in jeder anderen Beziehung, gleichgestellt worden. Dagegen hat neuerdings Karlowa auszuführen gesucht, daß das römische Recht die controversia de loco nie als actio finium regundorum behandelt habe, vielmehr als rei vindicatio, und daß die Absicht der l. 4 cit. gewesen sei, die Anwendung der l. t. praescriptio auf den Streit über den finis auszuschließen).

§. 451. * Dig. 4. 3 Cod. 2. 21 de dolo malo. — Glück V S. 513 fg.; Unterholzner II S. 74 fg. 747 fg., Sintenis II S. 730 fg.

[1] Vgl. hierzu Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 12. 24, auch unten §. 455 Note 6 a. E. Seuff. Arch. VIII. 137, IX. 144.

[2] Arglist, dolus. Ueber den Begriff desselben s. I §. 101 Note 6. Eine besonders wichtige Form des dolus ist der Betrug, eine so wichtige, daß auf denselben in l. 1 §. 2 D. h. t. geradezu die Definition des dolus gestellt wird. Aber s. auf der anderen Seite l. 7 §. 6. 8. 9 l. 18 §. 5 l. 19 l. 32. 33. 34. 35. 50 D. h. t., l. 9 pr. D. si serv. 8. 5, l. 5 pr. D. si mensor 11. 6, l. 10 §. 6 D. de in rem verso 15. 3, l. 15 l. 16 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 8 §. 2 D. de leg. praest. 37. 5, l. 1 §. 12 D. de aqua pluv. 39. 3. Vgl. Kierulff Sammlung der Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I Nr. 7 (Verleitung zu einem nichtigen Vertrag).

[3] L. 3 §. 1 D. stellionatus 47. 20. „Stellionatum autem obiici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est: scilicet si aliud crimen non sit, quod obiiciatur. Quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubicunque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiiciemus".

1. Der Umfang der Verpflichtung des Arglistigen bestimmt sich nach den Grundsätzen der Lehre vom Interesse[4].

2. Auf vollen Schadensersatz haftet der Arglistige nur zwei Jahre lang[5]; nach dieser Zeit beschränkt sich seine Verhaftung auf dasjenige, was durch seine Arglist in sein Vermögen gekommen ist[6].

3. Die Erben des Arglistigen haften nach allgemeinen Grundsätzen nur bis zum Belange der Erbschaft[7].

4. Ist die Arglist in Angelegenheiten eines Andern geübt worden, so haftet auch dieser Andere auf die Bereicherung[8]. Abgesehen von diesem Falle haftet der dritte Besitzer nicht[9].[10]

---

[4] S. §. 257. 258. L. 18 pr. §. 1. 4 D. h. t.

[5] Nach der Vorschrift der l. 8 C. h. t., durch welche ein biennium continuum an die Stelle des früheren annus utilis gesetzt worden ist. Die weitere Vorschrift dieser Stelle (vgl. 1 pr. C. Th. h. t. 2. 15), daß der Prozeß in zwei Jahren auch zu Ende geführt sein müsse, wird heutzutage nicht mehr beachtet.

[6] Unabhängig davon, ob er es noch jetzt hat. Vgl. mit l. 28 i. f. D. h. t., l. 10 §. 24 D. quae in fraud. cred. 42. 8, l. 4 D. de interd. 43. 1, l. 1 pr. D. de vi 43. 16. Witte Bereicherungsklagen S. 318.

[7] Nach heutigem Recht, §. 359 Note 16; nach römischem Recht auf „quatenus ex ea re locupletior hereditas pervenit", l. 26—28 D. h. t., l. 13 pr. l. 17 §. 1 eod.

[8] L. 15 pr. §. 1. 2 D. h. t.

[9] L. 15 §. 3 D. h. t. Vgl. l. 10 C. de resc. vend. 4. 44.

[10] Nach römischem Recht galten für die actio de dolo noch folgende besondere Sätze, welche ihren Grund in der infamirenden Wirkung derselben hatten (l. 1 §. 4 l. 11 §. 1 D. h. t., l. 1 l. 4 §. 5 D. de his qui not. 3. 2), und mit dieser Wirkung heutzutage weggefallen sind (I §. 56). a) Die actio de dolo wurde nur causa cognita gegeben, und namentlich nicht bei einem geringfügigen Schaden, d. h. einem Schaden unter 2 aurei. L. 9 §. 5 l. 10 l. 11 pr. D. h. t. b) Ebensowenig wurde sie gegen Respectspersonen geben; gegen diese wurde aber eine actio in factum auf die Bereicherung gegewährt, l. 11 §. 1 l. 12 D. h. t. Vgl. übrigens §. 514 Note 3. c) Die actio de dolo wurde nicht gewährt, wenn irgend ein anderer Weg der Rechtshülfe offen stand, l. 1 §. 1— l. 9 §. 4 l. 18 §. 2. 3 l. 25 l. 40 D. h. t., l. 2 C. h. t. Auch dann nicht, wenn von einem Dritten Schadensersatz zu erlangen war, l. 1 §. 8 – l. 6 D. h. t. Vgl. über diese subsidiäre Natur der actio de dolo Schneider die allgemeinen subsidiären Klagen des römischen Rechts S. 308 fg., welcher Schriftsteller übrigens den Grund der Subsidiarität nicht in der infamirenden Wirkung der Klage sieht, sondern die

B. Entwendung*.

1. Begriff.

§. 452.

Für dieses Vergehen hat zwar die römische Sprache eine einheitliche Bezeichnung, nicht aber die deutsche; der Ausdruck Entwendung, welcher hier im technisch-juristischen Sinne gebraucht wird, darf nicht im Sinne des Lebens verstanden werden[1]. Die Hauptform der Entwendung ist der Diebstahl; aber sie ist nicht die einzige[2]. Entwendung ist vielmehr[3]: jede arglistige, d. h. be-

Subsidiarität historisch erklären will. Wollte man die zu c) gedachte Bestimmung heutzutage noch anwenden, so würde das — abgesehen von dem Fall der Verhaftung eines Dritten — den Sinn haben, daß gegen den Arglistigen die rechtlichen Grundsätze von der Arglist nur dann in Anwendung gebracht werden dürften, wenn kein anderer Rechtssatz Hülfe gewährte. — Die kurze Verjährung der actio de dolo beruht auf ihrer infamirenden Wirkung nicht (in l. 29 D. h. t. weist das „ideoque" auf den ersten Theil der Stelle, also auf die Verhaftung bloß bis zum Belange der Bereicherung, zurück). — Vgl. über die verschiedenen Ansichten Glück V S. 528 fg., Hänel Arch. f. civ. Pr. XII S. 413 fg., Schneider a. a. O. S. 332, Sintenis S. 730 Anm. 9.

§. 452. * Inst. 4. 1 de obligationibus quae ex delicto nascuntur. Dig. 47. 2 de furtis, Cod. 6. 2 de furtis et servo corrupto. — Klien Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls, 1. (einziger) Band (1806). Dollmann die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts (1834). Wächter Art. Diebstahl in Weiske's Rechtslex. (1844). Unterholzner Verjährungslehre I §. 62—67 (2. Ausg. 1858). Glück XIII S. 211 fg.; Unterholzner (Schuldverhältnisse) II S. 675—690, Sintenis II S. 728—729.

[1] Die römische Bezeichnung ist furtum. Ein entsprechender Ausdruck ist der Rechtssprache Bedürfniß, und da die Sprache des Lebens einen solchen nicht darbietet, so muß er neu geschaffen oder durch Umprägung eines vorhandenen Ausdruckes gewonnen werden. In diesem Sinne wird hier der Ausdruck „Entwendung" verwerthet. Andere reden von „Dieberei" oder „Diebheit". Vgl. Wächter S. 388, Heffter Lehrb. des Strafr. §. 488.

[2] Diebstahl ist: wissentlich widerrechtliche Wegnahme einer fremden Sache aus fremdem Gewahrsam in der Absicht, sich die Sache anzueignen.

[3] Die Legaldefinition des furtum findet sich in l. 1 §. 3 D. h. t. „Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve". Vgl. §. 1 I. h. t.

wußt widerrechtliche[4], Behandlung einer körperlichen Sache in der Absicht, sich dadurch zu bereichern.

1. Behandlung einer Sache[5]. Nicht schon die widerrechtliche Absicht oder das Aussprechen derselben ist Entwendung; die Absicht muß durch die Herstellung des ihr entsprechenden körperlichen Verhältnisses zur Sache verwirklicht worden sein[6].

2. Behandlung in Bereicherungsabsicht. Die Absicht muß auf einen von der Sache zu gewinnenden Vermögensvortheil gerichtet sein[7]. Sie braucht aber nicht gerichtet zu sein auf Aneignung der gesammten Sache oder ihres gesammten Vermögenswerthes[8]; auch derjenige begeht eine Entwendung, welcher sich

---

[4] Contrectatio fraudulosa. Es ist also nothwendig Unrecht und Bewußtsein des Unrechts; Unrecht ohne Bewußtsein des Unrechts genügt ebenso wenig zur Entwendung, wie Bewußtsein des Unrechts ohne Unrecht. L. 43 §. 5. 6. 10 l. 46 §. 7. 8 l. 52 pr. D. h. t., §. 7. 8 I. h. t. (zu §. 8 cit. vgl. l. 91 D. h. t., l. 20 C. h. t.).

[5] Contrectatio rei.

[6] L. 52 §. 19 D. h. t. „Neque verbo, neque scriptura quis furtum facit, hoc enim iure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat". Beim heutigen Diebstahl besteht die Contrectation in der Besitzergreifung der Sache. Vgl. Wächter S. 364. 399.

[7] Animus lucri faciendi. L. 1 §. 3 l. 43 §. 4 l. 65 D. h. t. Wer sich an einer Sache vergreift in der Absicht, einem Anderen Schaden zuzufügen, oder ihn zu kränken, begeht keine Entwendung. L. 22 pr. l. 53 pr. D. h. t., l. 41 §. 1 D. ad leg. Aquil. 9. 2, l. 14 §. 2 D. de praescr. verb. 19. 5. Von der andern Seite ist nicht nothwendig die Absicht, dasjenige, was man sich angeeignet hat, auch zu behalten. L 54 §. 1 D. h. t. — „Species . . lucri est, ex alieno largiri, et beneficii debitorem sibi acquirere. Unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet". Deßwegen ist es irreführend, wenn man den animus lucri faciendi der Quellen im Deutschen durch „gewinnsüchtige" oder „habsüchtige" Absicht ausdrückt. Vgl. noch l. 15 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4; l. 39 l. 82 D. h. t., Paul. R. S. II §. 31. §. 12. 31.

[8] L. 1 §. 3 D. h. t.: — „vel ipsius rei". Hierher gehört außer dem deutschen Diebstahl (Note 2): a) die widerrechtliche Aneignung gefundener Sachen (l. 43 §. 4. 11 D. h. t., l. 9 §. 8 l. 31 §. 1 l. 44 D. de A. R. D. 41. 1; §. 48 I. de R. D. 2. 1); b) die Unterschlagung im engeren Sinne, d. h. die widerrechtliche Aneignung von Sachen, welche der Thäter bereits in Händen hat (l. 1 §. 2 l. 67 pr. D. h. t., l. 29 pr. D. dep. 16. 3, l. 3 §. 18 D. de poss. 41. 2; l. 71 pr. D. h. t.; l. 52 §. 7 D h. t.; l. 43 §. 1 l. 52 §. 16 D. l. 7 C. h. t., l. 22 §. 7 D. mand. 17. 1, l. 25 D. de don. 39. 5; l. 33 D. h. t., l. 1 §. 22 l. 2 §. 1 D. de tutelae 27. 3; l. 46 §. 6 D. h. t.); c) die widerrechtliche Veräußerung fremder Sachen (§. 3 I. de usuc. 2. 6, l. 73 D. l. 6.

bloß durch den Gebrauch[9] der Sache bereichern will, oder durch den Besitz[10] derselben, oder in irgend einer andern Weise[11].

3. Die Entwendung setzt nicht voraus, daß die Sache aus fremdem Gewahrsam weggenommen werde.[12] Ebensowenig setzt sie voraus, daß die Sache nicht im Eigenthum des Entwendenden[13], wohl aber, daß sie überhaupt in einem Eigenthumsrechte stehe[14].

4. Die Entwendung setzt eine bewegliche Sache voraus[15]. Doch findet im Falle der gewaltsamen Wegnahme unbeweglicher

---

16 C. h. t., l. 78 D. de sol. 46. 3), oder verpfändeter Sachen durch den Eigenthümer (l. 19 §. 6 l. 66 pr. D. h. t.); d) die widerrechtliche Annahme von Sachen, welche der Eigenthümer in Folge eines Irrthums ohne den Eigenthumsübertragungswillen (l. 44 §. 1 l. 66 §. 4 D. h. t.), oder zwar mit dem Eigenthumsübertragungswillen, aber unter einer irrigen Voraussetzung (§. 426 Note 16, §. 427 Note 4) gibt.

9 L. 1 §. 3 D. h. t.: — „vel etiam usus eius". L. 54 §. 1 D. h. t.: — „ex quo satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertit". L. 40 l. 48 §. 4 l. 54 pr. l. 71 pr. l. 76 l. 82 pr. D. h t., §. 6. 7 I. h. t., l. 16 D. de cond. furt. 13. 1, l. 5 §. 8 D. comm. 13. 6.

10 L. 1 §. 3 D. h. t.: — „possessionisve". Hierher gehört der Fall, wo der Eigenthümer die Sache demjenigen wegnimmt, welcher zur Detention derselben berechtigt ist (l. 15 §. 2 l. 20 §. 1 l. 53 §. 4 l. 59 D. h. t.; l. 20 §. 1 l. 53 §. 4 D. h. t.; l. 15 §. 2 D. h. t.; l. 15 §. 1 l. 20 §. 1 D. h. t.; l. 19 §. 5. 6 l. 20 pr. D. h. t., §. 10. 14 I. h. t., l. 36 pr. D. de pign. act. 13. 7). Andere (Marezoll Arch. f. civ. Pr. VIII S. 284 fg., v. Buchholtz jurist. Abhandlungen Nr. 26) beziehen mit Berufung auf die Autorität des Theophilus (zu §. 1 I. h. t.) den Ausdruck furtum possessionis auf den Fall der Unterschlagung. S. darüber und dagegen Wächter S. 362, Vangerow III §. 679 Anm. 1.

11 Z. B. Jemand vernichtet die Schrift einer Urkunde in der Absicht, dadurch dem Andern ein Beweismittel gegen sich zu entziehen, l. 27 §. 3 l. 31 §. 1 D. h. t., l. 41 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, vgl. l. 52 §. 23 D. h. t.

12 S. die Fälle der Note 8.

13 Furtum rei suae, §. 10 I. h. t. S. die Fälle der Note 10; ferner l. 19 §. 6 l. 66 pr. D. h. t. (Note 8. c). Auch l. 26 §. 1 D. h. t. (l. 12 §. 5 D. de usufr. 7. 1). — Entwendung einer gemeinschaftlichen Sache: l. 45 D. h. t.

14 L. 43 §. 5 D. h. t., l. 6 D. expil. her. 47. 19.

15 — „abolita est enim quorundam veterum sententia (vgl. Gell. N. A. XI. 18) existimantium, etiam fundi locive furtum fieri", §. 7 I. de usuc. 2. 6, l. 38 D. de usurp. 41. 3; l. 25 pr. D. h. t.

Sachen ein Ersatzanspruch nach den Grundsätzen des Entwendungsanspruches Statt[16].

2. Verpflichtungen.

§. 453.

1. Aus der Entwendung entsteht ein Anspruch[1] auf Rückgabe des Entwendeten und Leistung des vollen Interesse[2]. Ob der Entwender das Entwendete noch hat, oder nicht, und wenn er es verloren hat, in welcher Weise er es verloren hat, ob mit oder ohne seine Schuld, ist gleichgültig[3]; selbst dann haftet er, wenn das Entwendete gar nicht in seine Hände gelangt ist[4]. Wie der Entwender, haftet auch sein Gehülfe[5]. Mehrere Ent-

---

16 L. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 §. 1 D. h. t. Uebrigens ist der Ersatzanspruch bei unbeweglichen Sachen praktisch unendlich weniger wichtig, als bei beweglichen, da jene nicht verbracht werden können. Von Bedeutung wird er nur da, wo der Beschädigte kein Recht an der Sache hat, als condictio possessionis. Gerade dieser Fall ist es, von welchem die zuvor erwähnten Stellen reden.

1 Dig. 13. 1 Cod. 4. 8 de condictione furtiva. Der Anspruch ist ein Delictsanspruch im Gewande eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung. S. §. 425. §. 453.

2 L. 3 D. h. t. (§. 425 Note 2), l. 10 pr. eod.

3 — „semper enim moram fur facere videtur", l. 8 §. 1 D. h. t.; l. 8 pr. l. 16. 17 l. 20 D. l. 2 C. h. t. Vgl. §. 278 Note 9.

4 Dieß ist der Fall, wenn er zur Entwendung die Thätigkeit eines Andern benützt, und dieser ihm die Sache unterschlägt. L. 19 D. de act. rer. am. 25. 2.

5 Dieser Satz ist nicht unzweifelhaft. Es liegt hier ein Widerspruch vor zwischen l. 6 D. h. t. und l. 53 §. 2 D. de V. S. 50. 16. Zu vereinigen sind m. E. diese Stellen nicht (Versuche bei Glück XIII S. 228. 229); ich sehe vielmehr in ihnen einen Ausdruck der Doppelnatur der condictio furtiva (§. 425 Note 4). Sie heben sich also gegenseitig auf, und wir müssen eine Entscheidung aus der Natur der Sache treffen. Diese Entscheidung kann aber nicht zweifelhaft sein. Der Entwendungsanspruch ist Delictsanspruch, und es ist ihm das Gewand des Bereicherungsanspruchs nur „odio furum" angezogen worden (§. 425 Note 3); folglich darf aus der Condictionennatur desselben, wo die Quellen uns nicht nöthigen, keine dem Beschädigten ungünstige Consequenz gezogen werden. S. auch l. 20 D. de act. rer. amot. 25. 2. Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen V S. 282—283. — Hehler? Vgl. Seuff. Arch. XVI S. 202 unt. 203.

wender haften als Solidarschuldner[6]. Der Anspruch steht zu: dem Eigenthümer[7], dem an der Sache sonst dinglich Berechtigten[8], dem redlichen Besitzer[9]; ferner muß er aber nach heutigem Recht auch dem Besitzer in fremdem Namen, welcher für die Sache verantwortlich ist, und um so mehr demjenigen, welcher an dem Haben und Behalten der Sache ein eigenes vermögensrechtliches Interesse hat[10], insoweit zugestanden werden, als nach heutigem Recht der Strafanspruch aus der Entwendung (Nr. 2) wegfällt[11].

---

6 L. 1 C. h. t.

7 Der Eigenthümer verliert den Anspruch durch Veräußerung der Sache, nicht durch sonstigen Verlust des Eigenthums. L. 10 §. 2. 3 l. 11 l. 12 pr. §. 1 l. 14 D. h. t.

8 Unmittelbar belegen läßt sich dieser Satz nur für den Pfandgläubiger, l. 12 §. 2 D. h. t., l. 22 pr. D. de pign. act. 13. 7. Aber ein Anspruch, welcher dem bloßen Besitzer zugestanden wird (Note 9), darf gewiß dem dinglich Berechtigten nicht vorenthalten werden. Vgl. auch Ihering Abhandlungen S. 132 fg. — Wenn es in l. 1 D. h. t. heißt: „In furtiva re soli domino condictio competit", so ist das im Gegensatz zur actio furti gesagt, welche Jedem zusteht, „cuius interest non subripi" (Note 14). S. l. 14 §. 16 D. de furt. 47. 2.

9 L. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 §. 1 D. de furt. 47. 2. Nicht dem unredlichen Besitzer: l. 76 §. 1 D. eod., wo die condictio gegen den Entwender einer entwendeten Sache im Gegensatz zu dem ersten Entwender dem Eigenthümer zugesprochen wird. S. auch l. 12 §. 1 eod.: — „nemo de improbitate sua consequitur actionem".

10 Also namentlich dem zur Retention Befugten; ferner dem Pächter und Nießbraucher im Falle der Entwendung ungetrennter Früchte.

11 Die genannten Personen hatten nach römischem Recht die actio furti (Note 14) und in derselben einen Ersatz für die ihnen fehlende condictio furtiva (l. 14 §. 16 cit., l. 12 §. 5 D. de usufr. 7. 1). Insoweit nach heutigem Rechte die actio furti nicht mehr gilt (Note 16. 17), ist hier eine Lücke. Ich würde es aber kaum für gerechtfertigt halten, diese Lücke ohne Weiteres durch Gewährung der condictio furtiva auszufüllen, wenn wir nicht in dieser Beziehung in l. 22 §. 4 C. de furt. 6. 2 einen Anhalt hätten. In dieser Stelle gibt Justinian dem Manne gegen die Frau für den Fall der Entwendung einer ihm von einem Dritten geliehenen Sache statt der nicht zulässigen actio furti (l. 1 D. de act. rer. am. 25. 2) die actio rerum amotarum, welche „condictio est", l. 26 D. eod. Vgl. auch l. 17 §. 3 l. 18 D. de act. rer. am. 25. 2, und dazu Unterholzner § 329. e. Uebrigens ist die Frage doch nur die, ob der verantwortliche Besitzer die condictio furtiva ohne Weiteres hat; denn Cession kann er jedenfalls verlangen, wenn der Eigenthümer ihn bei seiner Verantwortlichkeit anfaßt (§. 264 Note 8). — Eine Ausnahme muß

Der Anspruch geht auf die Erben des Verpflichteten unbeschränkt über [12], und verjährt in der gewöhnlichen Zeit.

2. Außerdem entsteht nach römischem Recht aus der Entwendung ein Strafanspruch [13] zu Gunsten des Beschädigten [14] auf

---

jedoch gemacht werden für die Fälle: a) wo dem Besitzer in fremdem Namen eine Arglist zur Last fällt; b) wo er zahlungsunfähig ist; c) wo er den Besitz nicht von dem Eigenthümer empfangen hat. Denn in diesen Fällen hat er auch die actio furti nicht. L. 14 §. 8. 9 D. de furt. 47. 2; l. 12 pr. eod., §. 15 I. de obl. quae ex del. 4. 1; l. 53 §. 3 l. 71 pr. D. de furt. 47. 2. — Das in dieser Note Gesagte ist nicht allgemein anerkannt. Vgl. Glück XIII S. 224. 225, Wächter a. a. O. Note 86, Sintenis §. 109 Anm. 125, §. 124 Note 3, Arndts §. 323 a. E.

[12] S. §. 359 Note 18.

[13] Actio furti. Vereinzelt wird dieser Ausdruck auch für den Ersatzanspruch aus der Entwendung gebraucht, so z. B. in l. 71 pr. D. h. t. (de furtis 47. 2).

[14] Die actio furti wird in den Quellen im Allgemeinen demjenigen gegeben „cuius interfuit non subripi“, l. 10 l. 11 l. 12 §. 2 D. h. t. 47. 2; im Einzelnen: dem Eigenthümer, z. B. l. 80 pr. §. 1 D. h. t.; dem gutgläubigen Besitzer, §. 15 I. h. t. 4. 1, l. 12 §. 1 l. 20 §. 1 l. 52 §. 10 l. 53 §. 4 l. 74 D. h. t.; dem Nießbraucher und Gebrauchsberechtigten, l. 15 §. 1 l. 20 §. 1 l. 46 §. 1. 3 D. h. t.; dem Pfandgläubiger, §. 14. I. h. t. 4. 1, l. 12 §. 2 l. 14 §. 5—7 l. 15 pr. l. 46 §. 4 l. 87 D. h. t.; dem Retentionsberechtigten, l. 53 §. 4 l. 59 vgl. l. 14 §. 1 D. h. t.; dem Pächter wegen seines Interesses am Genusse der Sache, l. 14 §. 2 l. 26 §. 1 l. 82 §. 1 vgl. l. 52 §. 8 D. h. t.; dem an den Inhalt eines Briefes (vermögensrechtlich) Interessirten, l. 14 §. 17 D. h. t. Dem zur actio furti an und für sich Berechtigten steht aber dieselbe dann nicht zu, wenn er sich wegen der Entwendung an einem Dritten halten kann, und dieser zahlungsfähig ist; vielmehr hat in diesem Fall der Dritte selbst die actio furti, §. 15—17 I. h. t., l. 12 pr. l. 14 §. 3. 10—12. 14—17 l. 52 §. 9 l. 78 D. h. t. Jedoch erleidet wieder dieser letztere Satz eine Ausnahme für den Fall, wo Jemand ohne Auftrag des Eigenthümers fremde Sachen in Händen hat; derselbe kann nur, wenn er wegen der Entwendung von dem Eigenthümer in Anspruch genommen wird, von demselben Cession der actio furti verlangen. L. 53 §. 3 l. 85 D. h. t. Eine fernere Ausnahme in l. 22 C. h. t. 6. 2, vgl. §. 16 I. h. t. Nicht steht die actio furti demjenigen zu, „cuius non ex honesta causa interest“, l. 11 l. 12 §. 1 l. 14 §. 3. 4. 8 l. 76 §. 1 D. h. t., vgl. l. 71 §. 1 eod.; aber auch nicht dem auf die Sache Forderungsberechtigten, welcher nur Abtretung der actio furti oder Herausgabe ihres Ertrages verlangen kann, l. 14 pr. §. 1 l. 80 pr. h. t., l. 66 §. 5 l. 85 vgl. l. 13 eod.; ebensowenig dem Bürgen des für die Entwendung Haftenden, l. 14 §. 10 l. 85 D. h. t. Man sieht also, daß der Ausdruck der Quellen: die actio furti stehe demjenigen zu

das Doppelte, und wenn der Entwender bei der Entwendung ertappt worden ist, auf das Vierfache des Werths der entwendeten Sache bez. des erlittenen Schadens [15]. Dieser Anspruch ist heutzutage principiell ausgeschlossen, so weit die Entwendung einer öffentlichen Strafe unterliegt [16], und kommt auch abgesehen hiervon kaum noch zur Anwendung [17].

3. Besondere Fälle.

§. 454.

1. Raub [1]. In dem Raub ist eine Entwendung enthalten [2], und daher erzeugt er einen Ersatzanspruch nach den Grundsätzen derselben [3]. Er erzeugt aber auch als solcher einen besonderen Ersatzanspruch [4], welcher folgende Eigenthümlichkeiten

„cuius interest", kein genauer ist. S. auch l. 49 §. 1 eod. — Vgl. Hasse Culpa Kap. 10 und dazu Mommsen Beiträge III S. 383 fg.; ferner oben §. 327 Note 12 und speziell über l. 71 §. 1 cit. außer den §. 258 Note 1 Genannten Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 93 fg.

15 L. 50 pr. l. 80 §. 1 l. 67 §. 1. 2 D. h. t. 47. 2, l. 27 l. 32 pr. eod.; l. 46 §. 1 eod.; l. 46 §. 4 l. 87 eod.; l. 74 eod.

16 Also jedenfalls bei Raub, Diebstahl, Unterschlagung. Denn das römische Recht gewährte die Privatstrafe neben der öffentlichen nur electiv, l. 56 §. 1 l. 92 D. h. t. 47. 2. S. §. 326 Note 4. 5. Die Strafe des Doppelten, welche die P. H. G. O. Art. 157. 158 auf den kleinen (unter 5 Goldgülden) einfachen Diebstahl setzt, ist keine Privatstrafe. S. die citirte Note 5 a. E.

17 Ein entschiedenes derogirendes Gewohnheitsrecht nimmt an Wächter S. 392—394. Vorsichtiger Heffter Strafr. §. 505: „wofern nicht etwa noch auf die römischen Privatstrafen gerichtsgebräuchlich geklagt wird". Vgl. das. §. 490. 508. 509.

§. 454. 1 Inst. 4. 2 de vi bonorum raptorum. Dig. 47. 8 vi bonorum raptorum et de turba. Cod. 9. 33 vi bonorum raptorum. — Unterholzner II S. 724—726, Sintenis II S. 738.

2 Pr. I. h. t., l. 22 §. 10 D. h. t., l. 80 §. 3 l. 48 §. 7 l. 52 §. 30 D. de furt. 47. 2.

3 L. 2 §. 26. 27 D. h. t., l. 10 §. 1 D. de cond. furt. 13. 1.

4 Actio vi bonorum raptorum. Die actio vi bonorum raptorum ist übrigens eine actio mixta; sie fordert Ersatz und Strafe zugleich, und zwar eine Strafe des Dreifachen, so daß sie im Ganzen auf das Vierfache geht. Pr. I. h. t., l. 1 C. h. t., §. 19 I. de act. 4. 6. Vgl. unten Note 9. — Die actio vi bonorum raptorum wurde in den Zeiten der bürgerlichen Kriege gegen Raub

hat[5]. a) Dieser Anspruch ist begründet, sobald der Beraubte nur irgend welches Interesse, wenn auch kein vermögensrechtliches, nachzuweisen vermag[6]. b) Es haftet auch der Anstifter[7]; dagegen c) der Erbe nur mit der für Delictsansprüche überhaupt geltenden Beschränkung[8]. — Der aus dem Raube entstehende Anspruch geht aber nach römischem Recht, außer auf Ersatz, binnen eines Jahres noch auf das Dreifache des Werthes des Geraubten

---

und Beschädigung hominibus armatis coactisque aufgestellt. In der Fassung des Prätorischen Edicts, wie sie in den Pandekten enthalten ist, sind die homines armati weggelassen (l. 1 pr. D. h. t.), und die Interpretation ließ auch das Erforderniß der homines coacti fallen, indem sie sich mit der bloßen Gewalt begnügte (l. 2 §. 7 D. h. t., wo zu lesen ist: haec enim, quod ait: *hominibus coactis*, sic accipere debemus: *etiam hominibus coactis*, ut sive solus vim fecerit, sive etiam hominibus coactis etc.). Vgl. Savigny Zeitschr. f. gesch. RW. V. 3 und kl. Schrift III S. 228 fg., Ph. Ed. Huschke in Im. G. Huschke Analecta lit. p. 76. seq., Keller Semestria ad M. Tull. Cic. lib. III.

5 Im Uebrigen geht der Anspruch ebenfalls auf das gesammte Interesse, l. 3 §. 24 D. h. t. In Betreff von l. 2 §. 13 h. t. vgl. l. 50 pr. l. 80 §. 1 l. 67 §. 1. 2 l. 27 l. 32 pr. D. furt. 47. 2. Der Anspruch verjährt ebenfalls in der gewöhnlichen Zeit (nur in Betreff des Strafinhalts ist er auf einen annus utilis beschränkt), pr. I. h. t., l. 2 §. 13 D. h. t., l. 2—5 C. h. t.

6 So wird zu verstehen sein l. 2 §. 23. 24 D. h. t. „Et generaliter dicendum est: ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex iisdem causis habere me hanc actionem (vgl. §. 2 I. h. t.). Dicet aliquis: atquin ob rem depositam furti actionem non habemus (§. 17 I. de obl. quae ex del. 4. 1, l. 14 §. 3 D. de furt. 47. 2). Sed ideo addidi: si intersit nostra, non esse raptam. Nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis, non quasi mercedem, accepi. Utilius dicendum est, etsi cesset actio furti ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem (vgl. l. 14 §. 3 cit. — „quid enim eius interest, si dolo careat“?), quia non minima differentia est inter eum, qui clam facit, et eum, qui rapit, cum ille celet suum delictum, hic publicet et crimen etiam publicum admittat. Si quis igitur interesse sua vel modice docebit, debet habere vi bonorum raptorum actionem“.

7 L. 80 §. 4 D. de furt. 47. 2, l. 3 §. 2—6 D. h. t. Vgl. §. 11 i. f. D. de obl. quae ex del. 4. 1, l. 53 §. 2 D. de V. S. 50. 16 und §. 453 Note 5.

8 S. §. 359 Nr. 2. Nach römischem Recht haftet der Erbe nicht einmal auf die Bereicherung, — „quia putavit (praetor) sufficere condictionem“, l. 2 §. 27 D. h. t.

als Strafe [9]. Die heutige Anwendbarkeit dieses Strafzusatzes ist principiell nicht ausgeschlossen, da das römische Recht die Privatstrafe neben der öffentlichen verhängt [10]; im Uebrigen gilt davon das Gleiche, was vorhin von dem Strafanspruch aus der Entwendung gesagt worden ist.

2. Der Ersatzanspruch, welchen das römische Recht aus Raub und Diebstahl bei Brand, Gebäudeeinsturz oder Schiffbruch, so wie aus Raub durch oder bei Ueberfall eines Gebäudes oder Schiffes gewährt [11], hat das Besondere, daß er auch gegen den Hehler geht [12]. Auch in diesen Fällen aber hat der Anspruch nach römischem Recht binnen eines Jahres einen Strafzusatz auf das Dreifache [13], von dessen heutiger Anwendbarkeit das Gleiche gilt, wie von der Anwendbarkeit des Strafanspruches aus Raub und Diebstahl überhaupt [14].

3. Der Anspruch aus Raub und Diebstahl, welchen Pächter öffentlicher Einkünfte oder ihre Leute bei Ausübung ihres Geschäftes begehen, steigert sich, wenn nicht bis zum Urtheil freiwillige Restitution erfolgt, auf das Doppelte, jedoch nur dann, wenn binnen eines Jahres geklagt wird [15].

4. Die Entwendung von Erbschaftssachen, welche der Erbe

---

[9] S. Note 4 z. A. L. 2 §. 13 D. h. t.

[10] L. 2 §. 1 D. h. t.; welche Stelle freilich Andere von einer electiven Concurrenz verstehen. Aber s. auch l. un. C. quando civ. actio 9. 31, und vgl. das Nähere bei Wächter Lehrb. des Strafr. I S. 259. Die öffentliche Strafe, welche das römische Recht über den Raub verhängt, trifft allerdings den Raub nicht als solchen, aber doch den Raub von derjenigen Seite, durch welche er sich von anderen Fällen der Entwendung unterscheidet, von der Seite der Gewaltthat (vis).

[11] Dig. 47. 9 de incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata. Unterholzner II §. 690.

[12] L. 3 §. 3. 4 D. h. t.

[13] L. 1 pr. D. h. t.

[14] Die öffentliche Strafe, auf welche l. 1 §. 1 D. h. t. verweist, ist eine gerade für dieses Vergehen festgesetzte.

[15] L. 1 pr.— §. 5 l. 4 pr. l. 5. 6. 13 D. de publicanis 39. 4. Vgl. §. 263 Note 12. 15. — Das römische Recht enthält für diesen Fall noch die fernere besondere Bestimmung, daß, wenn das Vergehen durch einen Sclaven begangen worden sei, der Zollpächter den Sclaven stellen müsse, widrigenfalls er ohne das Recht zur noxae datio hafte. L. 1 §. 6 l. 2. 3 l. 12 D. tit. cit.

noch nicht in Besitz genommen hat, qualificirt das römische Recht nicht als Entwendung[16], sondern als besonderes Vergehen[17], und gewährt demzufolge aus derselben auch nicht den civilrechtlichen Ersatzanspruch[18]. Heutzutage wird die Entwendung von Erbschaftssachen der bezeichneten Art, insofern sie die Merkmale des Diebstahls an sich trägt, als solcher gestraft[19], und muß demnach auch civilrechtlich als Diebstahl behandelt werden. Abgesehen hiervon kann aus derselben auch heutzutage Ersatz nach den Grundsätzen der Entwendung nicht begehrt werden[20].

5. Die Entwendung, welche in einem Schiffe, einer Gast- oder Stallwirthschaft, von Leuten des Schiffers, Gast- oder Stallwirthes begangen wird, hat das Besondere, daß aus derselben auch der Principal in Anspruch genommen werden kann, und zwar nach römischem Rechte auf das Doppelte[21]. Die heutige

---

16 „Rei hereditariae furtum non fit", l. 6 D. expil. her. 47. 19, l. 2 §. 1 eod., l. 14 §. 14 D. de furt. 47. 2. Dieser Satz erklärt sich aus der bei nicht besessenen Erbschaftssachen zulässigen usucapio pro herede (Gai. II. 52—58). Diese ist zwar später aufgehoben worden (Gai. II. 57); aber nichtsdestoweniger hat man jenen Satz festgehalten. Eine andere Herleitung desselben in l. 1 §. 15 D. si is qui test. 47. S. hierüber, wie über das Folgende: Wächter Lehrb. des Strafr. II §. 197 Note 98 und Rechtslex. S. 383—385, Arndts Rhein. Mus. II S. 132, Unterholzner Verjährungslehre I S. 209—212.

17 Crimen expilatae hereditatis. Dig. 47. 19 expilatae hereditatis. Cod. 9. 32 de crimine expilatae hereditatis.

18 Es verweist auf rei vindicatio, actio ad exhibendum, hereditatis petitio, actio familiae herciscundae. Außerdem konnte auch auf dem Wege der accusatio Ersatz erlangt werden. L. 2 §. 1 l. 3 D. l. 4 C. h. t., l. 3 C. fam. herc. 3. 36, l. 6 C. l. 4 D. h. t.

19 Wächter Lehrb. II S. 332, Rechtslex. S. 422; Heffter Strafr. §. 514.

20 Sondern nur, abgesehen von den aus dem verletzten Recht zustehenden Rechtsmitteln (Note 18), nach den Grundsätzen der Arglist (§. 451). Daß die actio doli in den Quellen nicht ausdrücklich genannt wird, ist nur Zufall. Wenn Arndts §. 323 Anm. 4 ganz allgemein sagt: „Nach heutigem Recht ist auch diese Besonderheit von keiner Bedeutung mehr", so geht er damit m. E. zu weit.

21 Dig. 47. 5 furti adversus nautas caupones stabularios. L. 6. 7 D. nautae caupones stabularii ut recepta restituant 4. 9, §. 3 I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. Unterholzner II §. 696. Vgl. oben §. 384. Was für die Leute des Gastwirths, gilt auch für diejenigen, welche in dem Gasthofe bleibend wohnen, l. 1 §. 6 D. h. t., l. 6 §. 3 D. nautae 4. 9. Vgl. Gimmerthal Arch. f. pract. RW. N. F. II S. 112 fg.

Anwendbarkeit dieses Strafzusatzes ist wenigstens principiell nicht ausgeschlossen[22].

6. Was das römische Recht Besonderes über den Fall der Entwendung zwischen Ehegatten mit Rücksicht auf eine beabsichtigte und wirklich vollzogene Ehescheidung enthält[23], ist heutzutage unpraktisch[24].

C. Beschädigung.

1. Das Aquilische Gesetz und seine Erweiterungen*.

§. 455.

1. Das Aquilische Gesetz[1] und seine Erweiterungen beziehen

---

[22] Für dieselbe erklären sich Schilter (excerc. 49 §. 14) und Stryk (ad h. t. §. 1).

[23] Dig. 25. 2 de actione rerum amotarum. Cod. 5. 21 rerum amotarum.

[24] Für diesen Fall ist eine besondere Ersatzklage aufgestellt, die actio rerum amotarum, vgl. l. 1 D. h. t., l. 22 §. 4 C. de furt. 6. 2; l. 17 pr. D. l. 2 C. h. t.; l. 11 l. 17 §. 1 l. 19 l. 21 pr. D. h. t.; l. 6 §. 5 l. 22 §. 1 D. h. t. Dieselbe wird aber durch die condictio furtiva, welche neben ihr Statt findet (l. 24 l. 17 §. 2 D. h. t.) absorbirt. Denn die actio rerum amotarum gewährt kein größeres Maß von Recht, als die condictio furtiva (vgl. l. 26 D. h. t.; l. 21 §. 3. 4 l. 17 §. 2 l. 3 §. 3 l. 29 D. h. t.; l. 21 §. 5 D. h. t.; l. 20 D. h. t. in Verbindung mit §. 453 Note 5); umgekehrt wird sie in Einer Stelle gegen die Erben auf die Bereicherung beschränkt (l. 3 C. h. t., im Widerspruch mit l. 6 §. 4 D. h. t., Vereinigungsversuche bei Glück XXVIII S. 16 fg., vgl. Francke Beiträge. S. 38 39). — Es wird kaum etwas Anderes übrig bleiben, als anzunehmen, daß die actio rerum amotarum ihre Entstehung einer Zeit verdanke, in welcher die condictio als Mittel, Schadenersatz aus der Entwendung zu erlangen, noch nicht anerkannt war. Darüber daß die condictio furtiva auch in anderen Fällen der Entwendung zwischen Ehegatten, als dem im Text bezeichneten, und auch während bestehender Ehe zulässig ist, s. l. 6 §. 5 l. 25 D. h. t. Vgl. auch Sintenis III §. 132 Anm. 1.

§. 455. * Inst. 4. 3 de lege Aquilia. Dig. 9. 2 ad legem Aquiliam. Cod. 3. 35 de lege Aquilia — v. Löhr Theorie der Culpa S. 81 fg. Hasse die Culpa des römischen Rechts S. 17—72. Glück X S. 306 fg.; Unterholzner II S. 690—703, Sintenis II S 760—764, Vangerow III §. 681 Anm. 1—3.

[1] Lex Aquilia. Ein Plebiscit eines Tribunen Aquilius, l. 1 §. 1 D. h. t. Die Zeit ist ungewiß. Rudorff röm. Rechtsgeschichte I §. 41 Note 3.

sich auf Schadenszufügung an körperlichen Sachen. Das Aquilische Gesetz selbst nannte nur bestimmte Fälle der Verletzung der körperlichen Integrität einer Sache durch unmittelbare Einwirkung auf dieselbe [2]; seine Bestimmungen sind aber ausgedehnt worden [3] auf jede Verletzung der körperlichen Integrität einer Sache [4], wenn auch nicht durch unmittelbare Einwirkung [5], ja sogar auf Schadenszufügung an körperlichen Sachen auch ohne Verletzung ihrer körperlichen Integrität [6]. Sie sind ferner ausgedehnt worden auf die Verletzung freier Menschen [7].

---

[2] Die lex Aquilia bestimmte in ihrem caput primum (l. 2 pr. D. h. t., pr. I. h. t.) über Tödtung eines Sclaven und eines pecus. Ueber den letzteren Begriff s. l. 2 §. 2 D. h. t. — „servis .. exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur"; ferner §. 1 I. h. t., l. 65 §. 4 D. de leg. III⁰ 32, Paul R. S. III. 6 §. 73, nach welchen Stellen zu den pecudes im Einzelnen gezählt werden: Schaafe, Ziegen, Rinder, Pferde, Esel, Maulesel, Schweine, auch Kameele und Elephanten, nicht aber Hunde. — In ihrem caput tertium (l. 27 §. 5 D. h. t., §. 13 I. h. t.) bestimmte die lex Aquilia über jede andere Beschädigung (einschließlich der Vernichtung) einer körperlichen Sache durch urere, frangere, rumpere. — Der Inhalt des caput secundum, von welchem die Institutionen lakonisch sagen: „in usu non est", erhellt aus Gai. III. 215. Vgl. Rudorff röm. Rechtsgesch. I S. 99. In Betreff der früheren Versuche, den Inhalt dieses caput secundum zu bestimmen, s. die Citate bei Vangerow III S. 598 Nr. 2.

[3] Das formale Mittel dieser Ausdehnung war die Gewährung einer utilis actio legis Aquiliae oder einer actio in factum. Ein materieller Unterschied zwischen diesen beiden Klagformen ist nicht ersichtlich. Savigny Syst. V S. 95. 96, Vangerow III S. 605. 606. Uebrigens glaubte man in manchen und wichtigen Ausdehnungsfällen auch mit einer actio directa legis Aquiliae ausreichen zu können. Denn eine althergebrachte Interpretation faßte das „rumpere" des caput tertium in dem Sinne von „corrumpere". L. 27 §. 13 sqq. D. h. t., §. 13 I. h. t., namentlich l. 27 §. 20. 21 D. h. t. verglichen mit §. 14 eod.

[4] Vgl. z. B. §. 13 I. h. t, l. 27 §. 15. 18. 19. 22. 25. D. h. t.

[5] L. 7 §. 3. 6 l. 9 pr. §. 1. 2. 3 l. 11 §. 1. 5 l. 29 §. 5. 7 l. 30 §. 3 l. 53 D. h. t., l. 6 C. h. t., §. 16 I. h. t., l. 3 §. 1 l. 4 D. de serv. corr. 11. 3, l. 13 pr. D. loc. 19. 2, l. 51 D. de furt. 47. 2, l. 2 §. 20 D. vi bon. rapt. 47. 8. Vgl. Unterholzner §. 674. c, Vangerow S. 602. 603. Ueber l. 57 D. loc. 19. 2 (vgl. l. 18 D. de S. P. U. 8. 2, l. 30 §. 3 D. h. t.) s. Löhr S. 158 fg., Hasse S. 30 Note 2, Zimmern Noxalklagen S. 2 fg., Reinhardt Arch. f. civ. Pr. XXX S. 224 Note 26.

[6] L. 27 §. 21 D. h. t., §. 16 i. f. I. h. t., l. 7 §. 7 D. de dolo malo 4. 3, l. 14 §. 2 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 55 D. de A. R. D. 41. 1, l. 50 §. 4 D. de

2. Die Beschädigung muß durch ein positives Thun herbeigeführt worden sein[8]; eine Unterlassung verpflichtet nur insofern, als das Thun durch eine vorhergehende oder begleitende Thätigkeit geboten war[9].

3. Aus einer beschädigenden Handlung der bezeichneten Art entsteht ein Schadensersatzanspruch, wenn sie widerrechtlich war[10]. Zur Widerrechtlichkeit gehört: a) daß der Beschädigende kein Recht zur Beschädigung gehabt habe[11]; b) daß ihm die Beschädigung zur Schuld angerechnet werden könne. Schuld ist hier schon Nachlässigkeit; Arglist wird nicht erfordert[12]. Durch einen ent-

---

furt. 47. 2; l. 30 §. 2 D. h. t.; l. 27 §. 14 vgl. §. 20 D. h. t.; l. 27 D. de pign. 20. 1. S. auch Seuff. Arch. XVI. 114, XVIII. 246. — Weiter, d. h. über das Moment der Schadenszufügung an einer körperlichen Sache hinaus, ist man aber nicht gegangen, wie Manche wohl auf Grund von §. 16 I. h. t. und l. 33 §. 1 D. h. t. behauptet haben. Vgl. §. 451 Note 1; übrigens auch Seuff. Arch. XVII. 224 (S. 358).

7 L. 13 pr. l. 5 §. 3 l. 6. 7 D. h. t.

8 L. 13 §. 2 D. de usufr. 7. 1.

9 L. 8 pr. l. 27 §. 9 l. 31 D. h. t., §. 5. 6 I. h. t., Coll. XII. 7 §. 7. Seuff. Arch. III. 55, IV. 96, X. 164. 165, XIII. 28, XV. 129. Weiter will Busch Arch. f. civ. Pr. XLV S. 139 fg. gehen, welcher behauptet, die Unterlassung verpflichte schon dann zum Schadensersatz, wenn das Thun durch „Gesetz oder Vertrag" geboten gewesen sei.

10 Damnum iniuria datum. Das Wort iniuria war von der lex Aquilia selbst gebraucht.

11 L. 151 D. de R. I. 50. 17. „Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet". L. 55 l. 155 §. 1 D. eod. Vgl. I §. 121 Note 2. Beispiele berechtigter Schadenszufügung: die Beschädigung wird zugefügt auf Grund einer zuständigen obrigkeitlichen Gewalt, l. 29 §. 7 D. h. t., l. 13 D. de per. et comm. 18. 6; auf Grund eines Züchtigungsrechts, l. 5 §. 3 D. h. t.; in Selbstvertheidigung, l. 4 l. 5 pr. l. 45 §. 4 l. 52 §. 1 D. h. t., §. 2 I. h. t., l. 29 §. 1 D. h. t.; um Schaden von sich selbst abzuwehren, l. 29 §. 3 l. 49 §. 1 D. h. t., l. 3 §. 7 D. de incend. 47. 9, l. 14 pr. D. de praescr. verb. 19. 5, vgl. l. 7 §. 4 D. quod vi aut cl. 43. 24. Vgl. auch Seuff. IV. 34, XIII. 30, XVII. 41.

12 L. 5 §. 1 l. 31 l. 44 pr. D. h. t., §. 3. 14 I. h. t. L. 31 cit.: — „culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum". L. 44 pr. cit. „In lege Aquilia et levissima culpa venit". Unterholzner II S. 697: „Das Aquilische Gesetz kommt . . . zur Anwendung, wenn man es an der von einem ordentlichen Mann zu erwartenden Bedachtsamkeit hat fehlen lassen: gesetzt auch, daß noch so wenig daran gefehlt hätte". Hasse S. 63 fg. — Einzelnes: l. 7 §. 2 l. 9 §. 4 l. 10 l. 11 pr. l. 27 §. 33 l. 30 §. 3 l. 31 l. 52 §. 4 D. h. t., §. 4—6 I. h. t.; l. 7 §. 8 l. 27 §. 9 D. h. t., §. 7. 8 I. h. t., l. 1 §. 5

schuldbaren Irrthum, kraft dessen der Beschädigende sich in dem Glauben befand, er dürfe die Beschädigung vornehmen, wird die Schuld ausgeschlossen[13].

4. Der Anspruch steht zu: dem Eigenthümer[14], dem an der Sache sonst dinglich Berechtigten[15], dem gutgläubigen Besitzer[16], auch dem obligatorisch zum Fruchtgenuß Berechtigten, wenn ungetrennte Früchte beschädigt worden sind[17], — dem Nichteigenthümer auch gegen den Eigenthümer selbst[18].

5. Der Anspruch geht auf Leistung des gesammten Interesse[19]. Bei der Berechnung des Werthes der beschädigten Sache darf auf eine gewisse Zeit vor der Beschädigung zurückgegriffen werden: wenn ein zur Klasse des Heerdenviehes gehöriges Stück Vieh

---

D. si quadrup. 9. 1, l. 132 D. de R. I. 50. 17. Seuff. Arch. IV. 48, VII. 320, XVII. 41. Verschulden durch Mangel an Sorgfalt bei der Auswahl oder bei der Beaufsichtigung von Anderen (namentlich von Kindern und Untergebenen): l. 27 §. 11 D. h. t.; Seuff. Arch. VII. 318, XIII. 140, XIV. 35, XV. 26. — Dadurch, daß der Beschädigende zu dem Beschädigten in einem besonderen Rechtsverhältniß steht, welches ihn nur zur Verhaftung wegen Arglist verpflichtet, hört er nicht auf, aus der Beschädigung als solcher auch wegen Nachlässigkeit zu haften. Vgl. l. 13 pr. D. de lib. causa 40. 12, l. 1 §. 2 D. si is qui test. 47. 4, auch l. 5 §. 3 i. f. D. h. t. Jedoch sind Viele in dieser Beziehung anderer Meinung; s. darüber Vangerow III §. 681 Anm. 3 Nr. II, Holzschuher III §. 326 Nr. 5. — Den Beweis der Verschuldung muß, sofern dieselbe nicht aus den Umständen erhellt, der Kläger führen. Weber Beweisführung §. 21, Wächter Württemb. Privatr. II §. 113. I, Busch Arch. f. civ. Pr. XLV S. 148 fg. Vgl. übrigens Seuff. Arch. VII. 320, XVI. 113.

[13] Namentlich also dadurch, daß der Beschädigende sich kraft eines solchen Irrthums für den Eigenthümer hielt, oder eine entgegenstehende Berechtigung eines Andern an der Sache nicht kannte. Stölzel Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 67—69.

[14] L. 2 pr. l. 27 §. 5 D. h. t., l. 11 §. 6 l. 13 pr. l. 43 D. h. t. Die Aquilia nannte bloß den „dominus“; allen anderen Personen konnte daher nur eine utilis legis Aquiliae actio oder eine actio in factum gegeben werden.

[15] L. 11 § 10 l. 12 l. 17 pr. l. 30 §. 1 D. h. t., l. 17 §. 3 D. de usufr. 7. 1, l. 27 D. de pign. 20. 1, l. 5 §. 3 (vgl. l. 1) D. arb. furt. caes. 47. 7. Ihering Abhandlungen S. 129. 130. 138 fg.

[16] L. 11 §. 8 l. 17 pr. D. h. t.

[17] L. 27 §. 14 D. h. t. Nicht aber dem sonst obligatorisch Berechtigten, l. 11 §. 9 D. h. t., l. 18 §. 5 D. de dolo 4. 3, l. 13 §. 12 D. de A. E. V. 19. 1. Hasse S. 244 Note 1, Vangerow S. 602.

[18] L. 12 l. 17 pr. D. h. t.

[19] L. 21 §. 2 l. 22 l. 23 pr. §. 2. 4 l. 33 pr. i. f. l. 37 §. 1 l. 55

getödtet worden ist, auf ein Jahr[20]; bei jeder anderen Beschädigung auf einen Monat[21]. Da jedoch diese Art der Werthberechnung eine Strafe für den Thäter enthält[22], so muß sie heutzutage jedenfalls so weit wegfallen, als nach heutigem Recht die Beschädigung von Amtswegen mit öffentlicher Strafe geahndet wird[23]; und auch darüber hinaus ist sie nicht mehr „in lebendigem Gebrauch"[24]. Das Letztere gilt auch von der nach römi-

D. h. t., §. 10 I. h. t. Ersatz von entbehrtem Gewinn: §. 258 Note 16. Ersatz von Schaden, welcher von dem Beschädigten hätte abgewendet werden können: das. Note 17. 18. Speziell über den Inhalt des Anspruchs des Pfandgläubigers: Stölzel Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 2, Schmid Cession I S. 172 fg., — über den Inhalt des Anspruchs des redlichen Besitzers: v. Madai Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 219 fg., Ihering Abhandlungen S. 112 fg., Mommsen Beiträge II S. 242 fg., Stölzel a. a. O. S. 68 Note 69. Verletzung eines freien Menschen: l. 13 l. 5 §. 3 l. 6. 7 D. h. t.; Holzschuher III §. 326 Nr. 4. b; Seuff. Arch. IV. 227, VIII. 222, IX. 111, XIII. 29. 215, XIV. 235, XVIII. 42. Steht auch der Wittwe und den Kindern des Getödteten ein Ersatzanspruch zu? Theoretisch läßt sich derselbe gewiß nicht rechtfertigen; aber es wird eine anerkennende gemeinrechttliche Praxis behauptet. S. die bei Glück X S. 342 Note 13 Citirten, ferner Seuffert III §. 402 a. E., Sintenis II §. 125 Note 21, und die Urtheile des OAG. zu Wiesbaden bei Seuff. Arch. XI. 44, XIII. 144, vgl. das. XV. 225.

[20] L. 2 pr. l. 21 pr. §. 1 l. 23 §. 2. 3. 5. 6. 7 l. 51 §. 2 l. 55 D. h. t., §. 9 I. h. t., §. 19 I. de act. 4. 6. Vgl. Note 2.

[21] L. 27 §. 5 l. 29 §. 8 D. h. t., §. 15 I. h. t. (Gai. III. 218).

[22] §. 9 I. h. t.: „Qua ratione creditum est, poenalem esse huius legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris". So auch l. 11 §. 2 l. 23 §. 8 D. h. t., §. 19 I. de act. 4. 6.

[23] S. §. 326 Note 4a. Nach römischem Rechte traf die Beschädigung als solche eine öffentliche Strafe überhaupt nicht. Nur wenn in der Beschädigung zugleich ein anderes Verbrechen enthalten war, konnte eine öffentliche Strafe eintreten, vgl. l. 23 §. 9 D. h. t., l. 14 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5. Darüber, inwiefern die Beschädigung nach heutigem Rechte einer öffentlichen Bestrafung unterliegt, sind freilich die gemeinrechtlichen Schriftsteller sehr verschiedener Meinung. S. die Nachweisungen bei Wächter Strafr. II §. 202 Note 19, Heffter Strafr. §. 521.

[24] So Heffter Strafr. §. 521, und wenn man vorsichtig sein will, wird man nicht weiter gehen dürfen. S. §. 326 Note 5. Dagegen sagt Wächter Strafr. II S. 360: „die angeführten Privatstrafen . . sind bei uns wohl durchaus außer Gebrauch". Zu bemerken ist übrigens, daß gegen die heutige Anwendbarkeit der bezeichneten Werthsteigerung sich selbst solche praktische Schriftsteller aussprechen, welche sonst die römischen Privatstrafen im

schem Recht durch die Ableugnung der Beschädigung eintretenden Steigerung des Anspruchs auf das Doppelte[25].

6. Mit der zuvor erwähnten Strafnatur des Anspruchs steht und fällt auch die römische Bestimmung, daß, wenn die Beschädigung von Mehreren verübt worden ist, von jedem derselben die volle Leistung eingetrieben werden kann[26]. Der Anstifter als solcher haftet nicht; wohl derjenige, welcher einen Andern als Werkzeug zur Beschädigung benützt[27]. Die Erben haften der

---

Princip nicht für aufgehoben erachten, so namentlich Brunnemann (ad l. 27 h. t. n. 9, anders freilich Paratitl. Wesenbec. h. t. qu. 9), Schilter (exerc. 19 §. 61), Stryk (ad h. t. §. 2). Gegen die heutige Anwendbarkeit s. auch die bei Glück X S. 383 Note 43 Citirten und das Urtheil des OAG. zu Dresden bei Kritz Rechtsfälle III S. 222 fg. (Seuff. Arch. I. 66); ferner Thibaut §. 622, Seuffert §. 422, Sintenis §. 125 Note 17. Für die heutige Anwendbarkeit ohne spezielle Beweisführung Löhr Culpa §. 18. Puchta (§. 388. g) spricht die Meinung aus, daß von den römischen Bestimmungen „jedenfalls" heutzutage noch die Anwendung zu machen sei, daß der Kläger den Beweis des Werthes nicht auf den Zeitpunkt der Beschädigung zu richten brauche, und diesen Beweisvortheil gewährt dem Kläger auch Arndts §. 324 vor Note r. Ich weiß nicht, wie diese Mittelmeinung gerechtfertigt werden soll. Vgl. übrigens: a) Ihering Geist des röm. R. II S. 358; b) oben §. 258 Note 20.

25 S. §. 263 Note 3. 15. Daß in der Praxis auf das Doppelte nicht mehr gesprochen werde, erkennen an Schilter (exerc. 19 th. 65) und Stryk (ad h. t. §. 20), der Erste halb widerwillig, der Letzte tadelnd (vgl. ad tit. Dig. XLIV. 7 §. 5).

26 L. 11 §. 2 D. h. t.: — „nam ex lege Aquilia, quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena". Unter allen Umständen aber haften die mehreren Beschädiger solidarisch (§. 298 Note 15). Vgl. Seuff. Arch. I. 66 (Kritz Rechtsfälle III S. 218—228), XIII. 144.

27 L. 37 pr. D. h. t. „Liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est, qui iussit, si modo ius imperandi habuit. Quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit". Vgl. l. 7 §. 4 D. arb. furt. caes. 47. 7; ferner l. 44 §. 1 l. 45 pr. D. h. t. (dazu Seuff. Arch. XVI. 220). S. auch das. X. 165. — Um so weniger haftet der Auftraggeber oder Dienstherr ohne Weiteres für den Schaden, welchen der Beauftragte oder Bedienstete bei Ausführung der ihm aufgetragenen oder gebotenen Thätigkeit anrichtet. Seuff. Arch. XVII. 34 (anders X. 164, vgl. übrigens XIV. 208). Er haftet nur insoweit, als ihn eine culpa in eligendo trifft (oben Note 12), oder der Schaden seinen Grund in einem Versehen hat, welches ihm selbst zur Last fällt, z. B. er hat zum Zweck der Ausführung der betreffenden Thätigkeit fehlerhafte Werkzeuge gestellt (Seuff. Arch. XIV. 208). Daß er auch

Regel gemäß auf den Bestand der Erbschaft[28]; auch die Verjährungszeit ist die regelmäßige.

7. Bei der Verletzung eines freien Menschen kann nach heutigem Recht außer dem Ersatz des Vermögensinteresse ein s. g. Schmerzensgeld[29] gefordert werden[30], welches wirkliche

---

dann haftet, wenn der Schaden durch eine von dem Beauftragten oder Bediensteten gefertigte Arbeit angerichtet worden ist, und er diese Arbeit sich als die seinige angeeignet hat, versteht sich von selbst (Seuff. Arch. IV. 119, VIII. 53, XIV. 36; auch VIII 150 gehört wohl hierher, obgleich dieses Erkenntniß im Ausdruck weiter geht).

[28] Nach römischem Recht auf die Bereicherung, l. 23 §. 8 D. h. t., §. 9 I. h. t. S. §. 359 Note 15. 16.

[29] Seitz Untersuchungen über die heutige Schmerzensgeldklage (1860). S. außerdem Gensler Arch. f. civ. Pr. I S. 146—155 (1820).

[30] Dieser Satz beruht auf der Praxis, welche in der P. H. G. O. Art. 20. 21 einen Anhalt gefunden hat. (Es heißt hier, daß der Richter, welcher Jemanden ohne genügende Anzeige foltere, schuldig sei, dem Gefolterten „seiner schmach, schmerzen, kosten und schaden der gebüre ergetzung zu thun".) Doch ist die gemeinrechtliche Geltung des Schmerzensgeldanspruches nicht unbestritten. Gegen dieselbe haben sich erklärt die bei Glück X S. 388 Note 61 und bei Wächter Lehrb. des Strafr. II S. 183 Genannten, und neuerdings wird sie auch von Seitz a. a. O. S. 120 fg. angefochten. Dieser letztere Schriftsteller leugnet zwar nicht die gemeinrechtliche Gerichtsübung des Schmerzensgeldanspruches, wohl aber, daß diese Uebung als Ausdruck eines Gewohnheitsrechtes anerkannt werden dürfe. Denn das Schmerzensgeld habe seinen Ursprung in dem altdeutschen Compositionensystem, die deutschen Privatbußen aber seien durch Gewohnheitsrecht abgeschafft worden. Aber auch die bezeichnete Ansicht über den Ursprung das Schmerzensgeld als richtig zugegeben (sie ist die herrschende), so wird ja eben durch die gemeinrechtliche Uebung des Schmerzensgeldanspruches bewiesen, daß jene Abschaffung keine vollständige gewesen ist. Seitz beruft sich ferner darauf, daß die Geltung des Schmerzensgeldanspruches schon deßwegen nicht Gewohnheitsrecht sein könne, weil es einem solchen Gewohnheitsrecht an der Vernünftigkeit fehlen würde; denn es sei ein keine Ausnahme duldendes Princip, daß die Strafe nicht Privatrecht werden könne. Dieß ist jedoch eine unbewiesene Behauptung, wie, von allem Anderen abgesehen, schon die unbestrittene Geltung der actio iniuriarum beweist. Das Gewicht der Carolina, welche jedenfalls den Grundsatz anerkennt, schlägt Seitz offenbar zu gering an. Vgl. gegen Seitz auch die guten Bemerkungen von Stintzing krit. VJSchr. II S. 592 fg. Für die gemeinrechtliche Geltung des Schmerzensgeldanspruches haben erkannt die höchsten Gerichte zu Oldenburg, München und Celle (Seuff. Arch. I. 220, IV. 227, XV. 131); gegen dieselbe das OAG. zu Wiesbaden (XIII. 31, — weil die behauptete Praxis gegen ein ausdrückliches Gesetz, l. 7 D. de his qui effud., verstoße!).

Strafe[31], und nach der Analogie der Injurienstrafe zu beurtheilen ist[32].[33]

---

31 Bestritten. Als Gegner der aufgestellten Behauptung müssen alle diejenigen angesehen werden, welche die Schmerzensgeldklage als eine actio utilis legis Aquiliae auffassen, wie das die herrschende Auffassung im vorigen Jahrhundert war, und wohl noch jetzt ist (Seitz S. 105). Aber es ist zu bedenken, daß Schmerzen und Geldleistung absolut unvergleichbare Größen sind; das Schmerzensgeld ist also eben nicht Ersatz, und wenn es nicht Ersatz ist, so muß es Strafe sein. Allerdings ist der dem Schmerzensgeld zu Grunde liegende Gedanke der, daß dem Verletzten sein Schmerz bezahlt werden soll; aber es ist eben der Gedanke einer jeden Privatstrafe, daß dem Verletzten das erlittene Unrecht bezahlt werden soll. S. auch Gensler S. 147 Note 4 Seitz S. 164 und die das. Citirten. — Folgt aus der Strafnatur des Schmerzensgeldes, daß es durch die von Amtswegen eintretende öffentliche Bestrafung der Körperverletzung ausgeschlossen werde? Nicht ohne Weiteres, und die herrschende Meinung ist dagegen (s. die Lehrbücher des Strafrechts von Wächter II S. 183 und Heffter §. 283), allerdings, wie es scheint, hauptsächlich auf Grund der Auffassung der Schmerzensgeldklage als einer Ersatzklage (vgl. auch das Urtheil des OAG. zu Oldenburg bei Seuff. Arch. I. 220); obgleich andererseits selbst solche Schriftsteller die Concurrenz bestreiten, welche diese Auffassung theilen (so namentlich Petr. Müller Diss. de pecunia doloris, Ienae 1606, cap. IV th. 2 vgl. mit cap. II th. 3). A. M. auch Seitz S. 181 fg. Vgl. auch Köppen Erbrecht S. 179 Note 22. Die Concurrenz der Schmerzensgeldklage mit der Injurienklage ist unbestritten, wie denn auch die Carolina ausdrücklich neben „schmerzen" die „iniurien" nennt. Seitz S. 180. — Eine berechtigte Folgerung aus der Strafnatur des Schmerzensgeldes ist, daß die Erben des Verletzers nicht haften, vgl. l. 5 §. 5 D. de his qui eff. 9. 3. Wäre übrigens auch das Schmerzensgeld Ersatz, so würden doch die Erben nicht, wie Glück X S. 389 und Seitz S. 182 annehmen, unbedingt, sondern nur bis zum Belange der Erbschaft haften (§. 359 Note 15. 16).

32 Das Schmerzensgeld enthält eine Ausdehnung der von der Injurie geltenden Regel von der geistigen auf die körperliche Kränkung. Deßwegen geht der Anspruch nicht auf die Erben des Verletzten über. Für entscheidend halte ich in dieser Beziehung l. 5 §. 5 D. de his qui eff. 9. 3. Uebereinstimmend Seitz S. 183 und das Erkenntniß des OAG. zu Cassel bei Seuff. Arch. VIII. 138. In früherer Zeit war die Auffassung der Schmerzensgeldklage als actio iniuriarum sehr verbreitet. Seitz S. 108. — Die Verjährung des Anspruchs ist die gewöhnliche. Vgl. l. 5 §. 5 cit. und Seitz S. 198 fg.

33 Ueber noch andere Fragen s. Seitz S. 184—197. 206—213. Ausmessung des Schmerzensgeldes: Seuff. Arch. XV. 131, XVIII. 138.

2. Andere Bestimmungen.

§. 456.

1. Aus gewaltsamer Beschädigung gewährt das römische Recht einen Anspruch nach den Grundsätzen des Raubes[1]. Für die heutige Anwendbarkeit des Strafzusatzes dieses Anspruchs gilt das Nämliche, was in Betreff des Raubes selbst gesagt worden ist.

2. Aus böswilliger Beschädigung in den in §. 454 bei Nr. 2 und 3 bezeichneten Fällen gewährt das römische Recht Ansprüche nach den daselbst bezeichneten Grundsätzen[2]. Für die heutige Anwendbarkeit des in diesen Ansprüchen enthaltenen Strafzusatzes gilt das Gleiche, wie für die heutige Anwendbarkeit des betreffenden Strafzusatzes bei dem Anspruch aus dem Aquilischen Gesetz.

3. Das Nämliche ist zu sagen, was den Strafzusatz des Anspruches angeht, welchen das römische Recht aus böswilliger Beschädigung bei einem Auflaufe gewährt: dieser Anspruch geht außer auf Ersatz binnen eines Jahres auf das andere Einfache als Strafe[3]. Der Ersatzanspruch hat das Besondere, daß er auch gegen den Anstifter geht[4].

4. Auch der aus dem Baumfrevel[5] entstehende Anspruch[6] geht außer auf Ersatz binnen eines Jahres auf das andere Einfache als Strafe[7]. In Betreff der heutigen Anwendbarkeit dieser Strafe ist auch hier das zuvor Gesagte zu wiederholen[8]. Der

---

§. 456. [1] L. 2 (s. namentlich pr. und §. 9 das.) D. vi bon. rapt. 47. 8. Unterholzner II. §. 689.

[2] a) L. 1 pr. l. 3 §. 4. 7 D. de incend. 47. 9; b) l. 1 pr. l. 12 §. 1 D. de public. 39. 4. Unterholzner II §. 690. 693.

[3] L. 4 D. vi bon. rapt. 47. 8. Unterholzner II §. 680.

[4] L. 4 §. 4 — 6 tit. cit.

[5] Dig. 47. 7 arborum furtim caesarum. Unterholzner II §. 688.

[6] Daß in diesem Falle aber auch die gewöhnliche actio legis Aquiliae begründet sei, sagt ausdrücklich l. 1 D. h. t.

[7] L. 7 §. 7 l. 8 pr. D. h. t.

[8] Für die heutige Anwendbarkeit spricht sich hier (vgl. §. 455 Note 24) Schilter exerc. 49 §. 21 aus.

Anspruch wird außer dem Eigenthümer auch dem Emphyteuta zugestanden[9], dagegen dem Nießbraucher versagt.

5. Böswillige Verletzung eines Grabmals[10] erzeugt einen Anspruch[10a] für den Betheiligten[11] auf eine von dem Richter nach seinem Ermessen zu bestimmende Geldleistung[12]. Es überwiegt hier jedoch über den Gesichtspunkt der Beschädigung der Gesichtspunkt der dem Betheiligten zugefügten Kränkung[13], und deßwegen geht der Anspruch auf die Erben des Verletzten nicht über[14]. Durch die öffentliche Strafe wird der Anspruch nicht ausgeschlossen[15], und somit läßt sich seine heutige Anwendbarkeit principiell nicht bestreiten[16].

6. Aus unbefugter Bestattung eines Leichnams entspringt ein Anspruch auf Wegnahme des Leichnams oder Ersatz des Werthes des Grundstücks. Dieser Anspruch steht dem Eigenthümer, und analog auch dem sonst an dem Grundstück dinglich Berechtigten zu[17].

---

[9] L. 5 §. 2. 3 D. h. t. Vgl. Ihering Abhandlungen S. 130. 131. 140. — Ueber andere Punkte s. l. 3. 4 D. h. t.; l. 5 pr. l. 7 §. 2. 3 D. h. t.; l. 7 pr. §. 1 l. 8 §. 1—3 D. h. t.; l. 6 pr. §. 1 D. h. t.; l. 7 §. 6 D. h. t.

[10] Dig. 47. 12 Cod. 9. 19 D. de sepulcro violato. Unterholzner II §. 733. Der Begriff des sepulcrum violatum wird sehr weit gefaßt; s. darüber l. 3 pr. §. 3. 6. 11 l. 4 l. 11 D. l. 4. 5 C. h. t., l. 11 §. 2 l. 22 §. 4 D. quod vi aut cl. 43. 24, Paul. S. R. I. 21 §. 4. 5. 8. 9; l. 3 §. 2 D. h. t., l. 2 §. 5 D. de relig. 11. 7.

[10a] Die actio legis Aquiliae ist in diesem Falle nicht anwendbar, l. 2 D. h. t.

[11] „Ei ad quem pertinet". L. 3 pr. §. 9. 10 l. 6 D. h. t.

[12] L. 3 pr. §. 8. 9 D. h. t. L. 3 §. 8 cit. „Qui de sepulcri violati actione iudicant, aestimabunt, quatenus intersit, scilicet ex iniuria, quae facta est, item ex lucro eius, qui violavit, vel ex damno, quod contigit, vel ex temeritate eius, qui fecit".

[13] L. 6 l. 10 D. h. t., l. 20 §. 5 D. de acq. vel. om. her. 29. 2.

[14] S. §. 359 Nr. 1. In l. 10 §. 1 cit. wird dem Erben die Klage nicht als Erben gegeben. S. auch l. 20 §. 5 cit. u. l. 5 l. 6 pr. D. de rel. 11. 7.

[15] L. 4 C. h. t.

[16] Vgl. Wächter Strafr. II S. 547, Heffter Strafr. §. 354. — Wenn der Betheiligte den Anspruch nicht verfolgt, gewährt das römische Recht jedem Bürger das Recht, eine Strafe von 100 bez. 200 aurei einzuklagen. L. 3 pr. l. 6 D. h. t. Vgl. Bruns Zeitschr. f. RGesch. III S. 371—375 und §. 326 Note 6.

[17] L. 2 §. 1—3 l. 7 l. 8 §. 4 D. de relig. 11. 7. Die in l. 2 §. 2 cit. erwähnte „poena pecuniaria" ist keine Privatstrafe.

7. Ein Schadensersatzanspruch ist auch gegen denjenigen begründet, welcher durch fortgesetztes Gehen ein Stück von einem fremden Grundstück abtritt und zum Wege zieht[18].

8. Wer auf einem fremden Grundstück etwas vorzunehmen an und für sich berechtigt ist, wird dazu nicht eher zugelassen, bis er Ersatz des etwa anzurichtenden Schadens versprochen hat[19].

9. Wegen Beschädigung des Geistes hat der Vater einen Anspruch gegen den Verführer seines Kindes. Die Bestimmung der Höhe der Leistung ist dem Ermessen des Richters überlassen; derselbe hat aber namentlich auf den durch den Verführten dem Vater zugefügten Vermögensschaden Rücksicht zu nehmen[20].

---

18 Actio viae receptae (reiectae?). L. 3 pr. D. de via publ. 43. 11.

19 Damni infecti cautio (§. 460 Note 9). L. 5 §. 4 l. 9 §. 1 l. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 19 §. 4 D. loc. 19. 2, l. 9 §. 1 l. 30 D. de damn. inf. 39. 2, l. 5 D. de aq. pl. 39. 3, l. 3 §. 11 l. 5 §. 4 D. de itin. publ. 43. 19, l. 1 §. 38 D. de aq. quot. 43. 20, l. 3 §. 9 D. de riv. 43. 21. l. 1 pr. D. de cloac. 43. 23. Vangerow III S. 567. Seuff. Arch. IV. 10.

20 Das römische Recht gibt dem Herrn gegen den Verführer seines Sclaven einen Anspruch auf das Doppelte des Vermögensinteresse, actio de servo corrupto, Dig. 11. 3. Unterholzner II S. 703—705. Dieser Anspruch ist natürlich heutzutage unpraktisch. Nach l. 14 §. 1 D. tit. cit. soll aber auch dem Vater gegen den Verführer seines Kindes eine utilis actio gewährt werden. Daß auch diese utilis actio auf das Doppelte gehe, wie allgemein angenommen wird, ist in der genannten Stelle nicht gesagt; vielmehr zeigt dieselbe deutlich, daß bei dieser utilis actio der vorwiegende Gesichtspunkt gar nicht der des Vermögensinteresse ist, so daß sie auch da eintritt, wo es an einem zu Verdoppelnden ganz fehlt, weßwegen eben auf das richterliche Ermessen verwiesen wird. Von der anderen Seite läßt sich nicht annehmen, daß das römische Recht dem Richter habe verbieten wollen, für den Fall, daß sich wirklich ein Vermögensschaden herausstellen sollte, auf denselben bei der Bestimmung der Leistungssumme Rücksicht zu nehmen, vgl. in dieser Beziehung l. 9 §. 3 — l. 11 §. 1 D. h. t. Für die heutige Anwendbarkeit dieser actio utilis erklären sich Schilter (exerc. 21 §. 16) und Stryk (ad h. t. §. 3); Anwendungsfälle berichtet Berger in der bei §. 326 Note 5 angeführten Dissertation §. 31. — Man hat es vielfach versucht, diese actio utilis auf andere Fälle auszudehnen; namentlich hat man sie dem Ehemanne wegen Verführung der Ehefrau geben wollen. Vgl. Glück XI §. 754.

3. Beschädigung durch andere Personen und durch Thiere.

§. 457.

1. Für den Schaden, welcher durch Hinauswerfen oder Hinausgießen auf einen besuchten Ort angerichtet ist, haftet dem Beschädigten derjenige, welcher das Gemach oder den sonstigen Raum, aus dem hinausgeworfen oder hinausgegossen worden ist, bewohnt oder sonst benützt[1], vorbehaltlich seines Rückgriffs gegen den wirklichen Thäter[2]. Und zwar haftet er nach römischem Recht mit einem Strafzusatz, welcher das andere Einfache des angerichteten Schadens beträgt, bei Körperverletzung aber durch das Ermessen des Richters zu bestimmen ist[3]. Die heutige Anwendbarkeit dieses Strafzusatzes ist principiell nicht ausgeschlossen, wird aber von den Meisten bestritten[4].

2. Schiffer, Gast- und Stallwirthe haften aus den von ihren Leuten angerichteten Beschädigungen in gleicher Weise, wie aus den von denselben verübten Entwendungen (§. 454 Nr. 5)[5].

---

[1] Dig. 9. 3 de his qui effuderint vel eiecerint; §. 1. 2 I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. Glück X S. 392 fg.; Unterholzner II §. 730. 731, Kuntze bei Holzschuher III S. 1124. 1125. — Besuchter Ort: l. 1 §. 1. 2 l. 6 pr. §. 1 h. t. Bewohnen: l. 1 §. 4. 9 l. 5 §. 1. 2 l. 6 §. 2 h. t.; l. 1 §. 10 l. 5 pr. h. t. Sonstiger Raum und sonstige Benützung: l. 5 §. 3 l. 6 §. 3 D. h. t. §. 457.

[2] L. 5 §. 4 D. h. t.

[3] L. 1 pr. §. 6 l. 5 §. 5 D. h. t. Es ist bestritten, ob die Geldleistung wegen Körperverletzung als Strafe oder als Schadensersatz zu verstehen sei, Wächter Lehrb. des Strafr. II S. 191. Aber s. gegenüber von §. 1 I. cit. und l. 7 D. h. t. l. 5 §. 5 D. h. t.

[4] Schilter (exerc. 19 §. 80) und Stryk (ad h. t. §. 2) sprechen sich nicht dagegen aus. — Die Klage aus der Körperverletzung ist nach römischem Recht actio popularis; wenn durch die Verletzung der Tod herbeigeführt worden ist, geht dieselbe auf 50 aurei, l. 1 pr. D. h. t. Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. III S. 375—377. Diese actio popularis ist heutzutage unanwendbar, §. 326 Note 6. — Ebenso ist unanwendbar die actio popularis auf 10 solidi gegen denjenigen, welcher auf einem Vorsprunge eines von ihm benützten Gebäudes Etwas in gemeingefährlicher Weise aufstellt, l. 5 §. 7 sqq. D. h. t., §. 1 I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. Vgl. Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. III S. 383—384.

[5] S. §. 454 Note 21. 22.

3. Für den Schaden, welchen ein Thier gegen die Art und Weise seiner Gattung anrichtet[6], haftet dem dadurch in seinem Interesse Gekränkten[7] der Eigenthümer des Thieres mit der Maßgabe, daß er sich durch Preisgeben des Thieres befreien kann[8]. Wird das Thier veräußert, so geht der Anspruch auf den neuen Eigenthümer über[9]. Der gleiche Anspruch findet Statt, wenn Vieh fremde Früchte abfrißt[10]. — Für den Schaden, welchen ein nicht gehörig bewachtes gefährliches Thier anrichtet, haftet derjenige, den die Schuld trifft, nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes[11].

---

[6] Inst. 4. 9 Dig. 9. 1 si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. Thibaut Versuche II. 8 (1801). Zimmern System der römischen Noxalklagen S. 79—117 (1818). Gesterding Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV S. 261—288 (1831, auch abgedruckt in der „Ausbeute von Nachforschungen" VI. 2. Abth. S. 135—165). Glück X S. 269 fg.; Unterholzner II §. 682, Sintenis II S. 780—783, Vangerow II §. 689 Anm. — L. 1 §. 3 D. h. t. „Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum; nec enim potest animal iniuriam fecisse, quod sensu caret". — Gegen die Natur seiner Gattung: l. 1 §. 4—7. 10. 11 l. 5 D. h. t., pr. I. h. t. Thier: l. 4 D. h. t. — Ist der Eigenthümer an der Beschädigung Schuld, so haftet er nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes, l. 1 §. 5 D. h. t., l. 8 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2.

[7] L. 2 pr. D. h. t. „Haec actio non solum domino, sed etiam ei, cuius interest, competit: veluti ei cui res commodata est, item fulloni; quia eo, quod tenentur, damnum videntur pati".

[8] Noxae datio. L. 1 pr. §. 11—14. 16 D. h. t., pr. I. h. t., l. 7 §. 1 D. de damno inf. 39. 2. Vgl. l. 12. 13. 30 D. de nox. act. 9. 4.

[9] Noxa caput sequitur. L. 1 §. 12. 13. 17 D. h. t. Mit dem Tode des Thieres fällt der ganze Anspruch weg, l. 1 §. 13 D. h. t. (vgl. I §. 128 Note 4). — Auf diesen engen Raum haben sich die actiones noxales zurückgezogen, welche im römischen Rechte so wichtig waren. Gai. IV. 75—79; Inst. 4. 8 Dig. 9. 4 Cod. 3. 41 de noxalibus actionibus. Sie galten, außer bei Thieren, bei Delicten der Sclaven, und im classischen Recht auch bei Delicten der Hauskinder (im Justinianischen Recht ist das Letztere verschwunden, und von Justinian ausdrücklich aufgehoben, §. 7 I. h. t.). Heutzutage haften Dienstherren aus den Beschädigungen ihrer Leute, und Aeltern aus den Beschädigungen ihrer Kinder nur insoweit, als die Schuld auf sie zurückfällt (§. 455 Note 12. 27).

[10] Actio de pastu pecoris, deren Existenz übrigens bestritten ist. S. l. 14 §. 3 D. de praescr. verb. 19. 5 in Verbindung mit Paul. S. R. I. 15 §. 1; Zimmern S. 105 fg., Gesterding §. 6, Unterholzner S. 172, Sintenis II §. 127 Anm. 29 zweite Hälfte, Arndts §. 327 Anm. 2. S. auch l. 9 §. 1 D. ad exh. 10. 4, l. 6 C. de leg. Aq. 3. 35.

[11] Vgl. l. 1 §. 5 D. si quadrupes 9. 1, l. 8 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2,

4. Beschädigung durch Sachen*.

a. Durch Grundstücke**.

α. Das Allgemeine.

§. 458.

Für den Schaden, welcher von Grundstücken herkommt, kann Ersatz begehrt werden nach folgenden Grundsätzen[1].

1. Der Schaden braucht bloß dann ersetzt zu werden, wenn der Beschädigte sich vor dem wirklichen Eintreten desselben gerührt, und ein Versprechen des Ersatzes von dem Gegner erlangt hat[2]. Nur wenn der Beschädigte das Seinige gethan hat, um ein solches Versprechen zu erlangen, dieß ihm aber trotz dem nicht gelungen ist, kann er Schadensersatz auch direct for-

---

l. 6 C. de lege Aq. 3. 35. — Das römische Recht enthält für diesen Fall (aus dem aedilicischen Edict) noch eine besondere Bestimmung: nach derselben geht gegen den Schuldigen eine actio popularis (Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. III S. 343) auf das Doppelte des angerichteten Schadens, außerdem bei Körperverletzung auf eine arbiträre Geldstrafe, bei Tödtung auf 200 solidi, l. 40 §. 1 l. 41 l. 42 D. de aed. ed. 21. 1. Dieser Anspruch ist für das heutige Recht, auch soweit er nicht popular ist, durch Art. 136 der P. H. G. O. beseitigt (§. 326 Note 4[a]).

* Genau genommen sollte gesagt werden: durch andere Sachen, da ja auch die Thiere (§. 457) Sachen sind.

** Dig. 39. 2 de damno infecto et de suggrundis et de protectionibus. — Hesse die cautio damni infecti (2. Aufl. 1841). Bachofen das römische Pfandrecht S. 110 fg. 368 fg. (1847). Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXX S. 226 fg. (1847). Groh über die Caution wegen zukünftigen Schadens (Inauguralabhandl. 1854). Hesse über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 1—184 (1859). Unterholzner II S. 714—721, Sintenis II S. 784—790, Vangerow III §. 678 Anm. (S. 567—587). — Ueber das Geschichtliche der Lehre s. Huschke de actionum formulis, quae in lege Rubria exstant (1832), deutsch bearbeitet in dessen „Gaius" S. 203—242 (1855); Hesse Rechtsverhältnisse 2c. S. 168 fg. §. 458.

[1] Das Edict des Praetors in l. 7 pr. D. h. t.

[2] Cautio damni infecti. Mit dem Versprechen muß in gewissen Fällen Sicherheitsbestellung verbunden werden; darüber das Nähere im folgenden §. (Nr. 2). — Vgl. noch Ihering Jahrb. f. Dogm. VI S. 98 fg. — Heutige Anwendbarkeit: Reinhard a. a. O. S. 246, Hesse Rechtsverh. 2c. S. 144. 182. 183. Seuff. Arch. XVII. 51.

dern[3]; abgesehen von diesem Fall hat er ohne Schadensersatzversprechen nur ein Retentionsrecht an den etwa in seinen Besitz gelangten Sachen[4].

2. Der Schaden braucht nicht über den Werth hinaus ersetzt zu werden, welchen das Grundstück für den Verpflichteten hat; derselbe kann sich durch Preisgeben des Grundstücks von aller Verpflichtung befreien[5].

3. Es braucht nur derjenige Schaden ersetzt zu werden, welcher seinen Grund in einer fehlerhaften, nicht derjenige, welcher seinen Grund in der natürlichen Beschaffenheit des Grundstücks hat[6].

---

[3] a) L. 7 pr. l. 4 §. 2 l. 15 §. 36 l. 16. 17 l. 18 §. 13—15 l. 44 pr. D. h. t., l. 4 §. 2 D. ne vis fiat ei 43. 4: der Beschädigte hat einen richterlichen Befehl auf Leistung des Versprechens erwirkt, aber der Gegner dem Befehl nicht gehorcht. b) L. 15 §. 28 D. h. t.: der Beschädigte hat sich an den Richter gewendet; aber der Richter überlegt noch, ob er den Befehl ertheilen soll. c) L. 4 §. 3 D. ne vis fiat ei 43. 4: der Beschädigte konnte sich nicht an den Richter wenden, weil derselbe ihm nicht zugänglich war. d) L. 7 §. 2 l. 8 l. 9 pr. D. h. t.: der Beschädigte „non ipsius negligentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit". — Nach römischem Recht konnten auch die Municipalmagistrate auf Ersatz belangt werden, wenn durch deren Verschulden das Versprechen nicht geleistet worden war, l. 4 §. 7—10 D. h. t.

[4] L. 6 l. 44 pr. D. h. t. — Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note Hesse Rechtsverhältnisse 2c. S. 131 fg., Vangerow Nr. IX.

[5] Also derselbe Grundsatz, wie bei dem durch Thiere angerichteten Schaden, nur daß dieser Grundsatz nach dem im folgenden §. (Nr. 4) zu Sagenden hier in anderer Weise verwirklicht wird. L. 7 §. 1 D. h. t. — „Cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus: multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non debent onerare, praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae exstent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint exstare". L. 9 pr. eod. Vgl. auch l. 5 D. ne quid in loco publ. 43. 8 (dazu Huschke a. a. O. S. 210. 211 der deutschen Bearbeitung).

[6] Es muß ersetzt werden der Schaden, welcher entstanden ist „vitio aedium, loci, operis", l. 24 §. 12 D. h. t. S. ferner l. 24 pr. §. 2. 5. 6. 9 l. 19 §. 1 eod. Ueber den Begriff des vitium s. l. 24 §. 2 D. h. t. „Vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit; denique nemo dixit, palustris loci vel arenosi nomine quasi vitiosi committi stipulationem, quia naturale vitium est, et ideo nec ea stipulatio interponitur, neque interposita committetur". Nähere Ausführung im Verfolg der Stelle und in l. 43 pr. D. h. t. Vgl. noch l. 13 §. 2 D. h. t. Hesse Rechtsverhältnisse 2c. S. 59 fg.

4. Dem Grundstück stehen gleich die auf dem Grundstück befindlichen Anlagen[7].

b. Das Nähere.

§. 459.

1. Fordern kann[1] das Schadensersatzversprechen derjenige, welcher von dem drohenden Schaden betroffen werden wird: nicht bloß der Eigenthümer[2], welchem der redliche Besitzer gleichzustellen ist[3], sondern auch der an der Sache sonst dinglich Berechtigte[4], ja auch der an der Sache nicht Berechtigte, wenn er[5] entweder dem Berechtigten den Schaden ersetzen muß[6], oder ein Forderungsrecht auf die Sache hat, und der Schuldner ihm für den Schaden nicht einsteht[7]. Jedoch braucht bei der Forderung des Versprechens der Fordernde das Rechtsverhältniß, kraft dessen er von dem drohenden Schaden wird betroffen werden, nicht sofort auch zu beweisen; der Gegner kann einstweilen nur den Gefährdeeid verlangen, und zum Beweise kommt es erst dann, wenn aus dem geleisteten Versprechen auf Ersatz des wirklich eingetretenen

---

7 Es muß ersetzt werden der Schaden, welcher entstanden ist „vitio aedium, loci, operis". Bei „opus" denken die Römer vorzugsweise an ein Bauwerk; aber auch jede andere Anlage gehört hierher, selbst das auf dem Grundstück Gewachsene, l. 24 §. 9 D. h. t.

1 Hesse Rechtsverhältnisse ꝛc. S. 80—96, Vangerow Nr. II. §. 459.

2 L. 5 §. 2 l. 20 D. h. t. Miteigenthum: l. 27 D. h. t.

3 Dieß ist bestritten wegen l. 11 l. 13 §. 9 D. h. t., wo von Marcellus, unter Billigung von Ulpian, das Gegentheil ausgesprochen wird. Aber man muß dieß für eine von der Gesammtentwickelung des römischen Rechts überholte Meinung halten. S. l. 18 pr. D. h. t.: „Damni infecti stipulatio competit . . . ei, cuius in bonis res est" in Verbindung mit l. 49 D. de V. S. 50. 16 und die Ausführung von Ihering Abhandlungen S. 106 fg., auch Hesse a. a. O. S. 84 fg. Auf der anderen Seite namentlich Vangerow a. a. O. und die daselbst Citirten.

4 Genannt werden: Superficiar, l. 13 §. 8 l. 39 §. 2 D. h. t.; Nießbraucher, l. 5 §. 2 l. 13 §. 8 l. 20 D. h. t.; Pfandgläubiger, l. 11 D. h. t.

5 L. 18 pr. D. h. t. „Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est". Vgl. andererseits l. 13 §. 4 D. h. t.

6 L. 21 D. h. t. In l. 13 §. 5 D. h. t. fordern, wie Hesse S. 80 richtig bemerkt, die inquilini das Versprechen nicht wegen des von ihnen gemietheten Hauses, sondern wegen der von ihnen eingebrachten Sachen.

7 L. 38 pr. D. h. t.; vgl. l. 18 §. 7—10 eod.

Schadens geklagt wird [8]. — Ausnahmsweise kann der an und für sich Berechtigte das Versprechen dann nicht fordern, wenn er selbst früher dem Gegner das Versprechen verweigert, und in Folge davon an denselben das Eigenthum des schadendrohenden Gegenstandes verloren hat [8a].

3. Verpflichtet [9] zur Leistung des Versprechens ist außer dem Eigenthümer [10], welchem auch hier der redliche Besitzer gleichsteht [11], jeder sonst an der Sache dinglich Berechtigte [12], so jedoch, daß das Versprechen nicht von Mehreren gleichzeitig verlangt werden kann [13]. Zwischen dem Eigenthümer und dem redlichen Besitzer einerseits, und dem sonst an der Sache Berechtigten andererseits, besteht aber der Unterschied, daß Jene mit dem einfachen Versprechen genug thun, während Diese außerdem Bürgschaft stellen müssen [14]. Auch derjenige muß Bürgschaft stellen, welcher auf einem öffentlichen Grundstück eine Anlage macht [15].

4. Gerichtet werden [16] muß das Versprechen auf Ersatz des in §. 458 Nr. 3 bezeichneten Schadens. Unter Schaden ist das gesammte Interesse zu verstehen [17], einschließlich des entbehrten

---

[8] L. 7 pr. l. 13 §. 3. 12. 13 D. h. t. A. M. Hesse S. 117 fg.

[8a] L. 13 §. 11 D. h. t.

[9] Hesse Rechtsverhältnisse ꝛc. S. 96—104, Vangerow a. a. O. Nr. III. IV.

[10] L. 9 §. 4. 5 l. 10 l. 15 §. 27 l. 19 pr. l. 22 D. h. t. Wird über das Eigenthum Prozeß geführt, so trifft die Verpflichtung den Besitzer, l. 39 §. 1 D. h. t. Miteigenthum: l. 27 l. 40 §. 3 D. h. t., l. 6 §. 7 D. comm. div. 10. 3.

[11] L. 13 pr. D. h. t.

[12] Emphyteuta und Superficiar: l. 9 §. 4 l. 15 §. 26 l. 19 pr. D. h. t. Nießbraucher: l. 9 §. 5 l. 10 l. 15 §. 25 l. 19 pr. D. h. t. Pfandgläubiger: l. 11. 12 l. 15 §. 25 l. 19 pr. D. h. t.

[13] L. 9 §. 4. 5 D. h. t. In beiden Stellen wird der Nichteigenthümer neben dem Eigenthümer alternativ („aut") genannt. Vgl. l. 22 §. 1 D. h. t. — Hinterherige Ausgleichung zwischen dem Eigenthümer und dem sonst dinglich Berechtigten: l. 9 §. 5 l. 10 l. 22 pr. D. h. t., vgl. l. 17 §. 1 D. de nox. act. 9. 4, l. 9 pr. §. 3 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Hesse a. a. O. S. 166 fg., Bachofen a. a. O. S. 118 fg., Elvers röm. Servitutenlehre S. 572 fg.

[14] L. 7 pr. D. h. t.; l. 9 §. 4. 5 l. 10 l. 22 D. h. t.; l. 13 pr. D. h. t.; l. 9 §. 4. 5 l. 10 l. 11 l. 15 §. 25 l. 19 pr. l. 22 pr. D. h. t.

[15] L. 7 pr. l. 15 §. 2. 6 l. 24 pr. D. h. t.

[16] Hesse Rechtsverhältnisse ꝛc. S. 146 fg., Vangerow a. a. O. Nr. VI.

[17] L. 5 §. 2 l. 18 §. 10 l. 28 l. 37 D. h. t. S. noch l. 18 §. 5. 6 D. h. t., l. 40 pr. eod. und dazu §. 258 Note 2.

Gewinnes[18]. — Das Versprechen braucht bloß für eine vom Richter zu bestimmende Zeit[19], bei Wasserbauten für 10 Jahre, gegeben zu werden[20]. — Das Versprechen berechtigt und verpflichtet natürlich auch die Gesammtnachfolger, aber ebenso natürlich nicht die Sondernachfolger[21].

4. Die Leistung des Versprechens wird nicht direct erzwungen. Die Folge seiner Verweigerung[22] ist vielmehr zuerst Einweisung in den Besitz des Grundstücks, von welchem der Schaden droht[23]; durch welche Einweisung jedoch der bisherige Besitzer nicht verdrängt wird[24]. Wird das Versprechen auch jetzt noch nicht geleistet[25], so wird dem Beklagten durch eine zweite richterliche Verfügung[26] sein Recht abgesprochen, und dieses auf den Kläger übertragen[27].

---

[18] L. 28. 29. 37 D. h. t.

[19] L. 4 pr. l. 13 §. 14 l. 14 l. 15 pr. §. 1 D. h. t.

[20] L. 7 pr. l. 15 §. 2. 4. 6. 7 D. h. t.

[21] Aber es kann ausgemacht werden, daß der Versprechende auch für denjenigen Schaden haften solle, welcher eintreten werde, nachdem das Grundstück in andere Hände übergegangen sei. Dieß sagt l. 24 §. 1 D. h. t. Vgl. l. 17 §. 4 l. 18 §. 10 eod. Vangerow Nr. VI. 6, Hesse S. 150—152. Anders, aber gewiß nicht richtig, faßt die l. 24 §. 1 cit. Schmidt Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 21 unt. 22.

[22] Hesse Rechtsverhältnisse ꝛc. S. 152—166, Vangerow a. a. O. Nr. VII.

[23] L. 7 pr. D. h. t.; l. 4 §. 1 l. 15 §. 11—14 l. 38 §. 1 D. h. t., l. 1 D. quib. ex caus. in po. 42. 4; l. 15 §. 15 l. 40 §. 4 l. 7 pr. i. f. D. h. t.

[24] L. 15 §. 20 D. h. t. Der Zweck der Einweisung ist, dem Eingewiesenen „custodiam et observationem" zu verschaffen (l. 3 §. 23 de acq. vel om. po. 41. 2, l. 12 D. quib. ex caus. in po. 42. 4), nebenbei auch: „ut saltem taedio perpetuae custodiae exstorqueat . . . cautionem (l. 5 pr. D. ut in po. leg. 36. 4). Zur Reparatur ist der Eingewiesene zwar nicht verpflichtet (l. 15 §. 30 D. h. t.), wohl aber berechtigt, und braucht, wenn er wirklich reparirt hat, den Besitz nicht eher zu verlassen, bis ihm außer dem Versprechen des künftig eintretenden Schadens auch Ersatz der aufgewendeten Kosten geleistet worden ist (l. 15 §. 31 vgl. l. 34 D. h. t.). — Klage auf Zulassung: l. 1 §. 3 l. 4 pr. D. ne vis fiat ei 43. 4.

[25] L. 4 §. 4—6 l. 15 §. 21. 22 l. 19 pr. D. h. t. (l. 30 D. de nox. act. 9. 4).

[26] S. g. missio ex secundo decreto, vgl. l. 1 §. 15. 16 D. h. t.

[27] Der römische Magistratus konnte aber nicht das Recht selbst, sondern nur gerichtlichen Schutz des dem Rechte entsprechenden factischen Zustandes verleihen; das Recht selbst wurde erst durch die Ersitzung erworben. Daher

5. Das Versprechen kann nicht gefordert werden, wenn ein Anspruch des eintretenden Schadens schon anderweitig begründet ist[28].

c. Zusätzliches*.

§. 460.

Das im Vorstehenden entwickelte Recht ist zum Theil übertragen worden auf den Schaden, welchen Jemand erleidet nicht durch die fehlerhafte Beschaffenheit eines fremden Grundstücks

---

edicirte der Praetor: „EUM CUI ITA NON CAVEBITUR, IN POSSESSIONEM EIUS REI, CUIUS NOMINE UT CAVEATUR POSTULABITUR, IRE, ET CUM IUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, ETIAM POSSIDERE IUBEBO“, l. 7 pr. D. h. t., und s. ferner l. 5 pr. l. 12 l. 15 §. 16. 26. 27 l. 18 §. 15 D. h. t., l. 3 §. 23 D. de acq. vel om. po. 41. 2, während in anderen Stellen als Wirkung der zweiten Verfügung geradezu Entstehung des Eigenthumsrechtes bezeichnet wird, s. l. 15 §. 16. 17. 33 D. h. t., l. 7 §. 1 D. de usufr. 7. 1, l. 1 pr. D. de fundo dot. 23. 5; auch l. 26 §. 9 i. f. D. de nox. act. 9. 4. Ist freilich der Gegner selbst nur redlicher Besitzer, so erhält auch der Eingewiesene bloß bonae fidei possessio, vgl. l. 28 D. de nox. act. 9. 4. Hesse a. a. O. S. 158 fg., Vangerow a. a. O. S. 577 fg. — Durch die Uebertragung des Eigenthums gehen dingliche Rechte, welche an der Sache zu Gunsten eines Dritten bestehen, nicht unter; aber auch sie werden dem Berechtigten abgesprochen, wenn auch er seinerseits die Caution verweigert. L. 44 §. 1 l. 15 §. 24. 25 l. 12 l. 9 §. 4—6 D. h. t., vgl. l. 17 §. 1 l. 26 §. 6 D. de nox. act. 9. 4. Ist die Caution bloß von dem an fremder Sache Berechtigten gefordert, so wird bei Verweigerung derselben auch bloß das Recht an fremder Sache abgesprochen, und auf den Fordernden übertragen. L. 15 §. 26 D. h. t.; vgl. l. 27 D. de nox. act. 9. 4. Andere, so namentlich Elvers Servitutenlehre S. 525, Vangerow S. 580, wollen die Entscheidung der l. 15 §. 26 cit. auf den in derselben behandelten Fall der Emphyteuse beschränken. — Miteigenthum: l. 5 §. 1 D. h. t. Einweisung Mehrerer: l. 5 §. 1 cit, l. 15 §. 17 l. 40 §. 4 D. h. t.

28 L. 32 D. h. t.: — „et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus, inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit“. S. ferner l. 13 §. 6 l. 33 D. h. t.; l. 18 §. 2 l. 20 D. h. t.; l. 18 §. 4 D. h. t.; l. 18 §. 9 D. h. t. Hesse Rechtsverh. ꝛc. S. 122 fg., Vangerow Nr. X. Vgl. auch noch Schneider in Sell's Jahrb. I S. 423 fg., Schäffer Arch. f. prakt. RW. II S. 272—294. Seuff. Arch. VII. 185.

§. 460. * Das in diesem §. Vorgetragene gehört eigentlich seinem systematischen Zusammenhange nach nicht hierher, weil es sich dabei nicht mehr um Beschädigung durch Sachen handelt; es gehört vielmehr eigentlich als Anhang in die

oder einer darauf befindlichen Anlage, sondern in Folge einer Thätigkeit, durch welche auf das Grundstück eingewirkt wird[1]. Eine solche Thätigkeit kann möglicherweise zum Schadensersatz verpflichten nach dem Rechte des Aquilischen Gesetzes[2]; wo dieses Recht nicht aushilft[3], kann unter Umständen der Beschädigte noch zum Schadensersatz gelangen auf dem Wege eines vorgängig erlangten Schadensersatzversprechens. Die dafür geltenden Regeln sind folgende.

1. Nicht einer jeden Thätigkeit gegenüber, durch welche der Eigenthümer auf seinen Grund und Boden einwirkt, kann das Schadensersatzversprechen begehrt werden; wo hier die Grenze zu ziehen sei, ist eine Frage, welche der Lehre von dem Eigenthums-

---

Lehre vom Recht der lex Aquilia. Die ihm hier gegebene Stellung empfiehlt sich aber dadurch, daß auch in diesem Falle Schadensersatz nur auf dem Wege vorgängigen Versprechens erlangt werden kann.

1. Auch von einem solchen Schaden kann man nämlich sagen, daß er „vitio operis" eingetreten sei, für welchen Fall das Edict die cautio damni infecti versprochen hatte (§. 458 Note 6). Denn: a) opus bezeichnet nicht bloß das Resultat der Thätigkeit, sondern auch die Thätigkeit selbst, vgl. l. 5 D. de V. S. 50. 16 und l. 18 D. ratam rem 46. 8, in welcher letzteren Stelle als Formel der cautio damni infecti bezeichnet wird: „si quid . . . scindetur, fodietur, aedificabitur"; und b) vitium hat nicht bloß die Bedeutung von fehlerhafter Beschaffenheit, sondern auch die Bedeutung von Schuld (vgl. z. B. l. 95 §. 11 D. de solut. 46. 3), und zwar, in gleicher Weise wie dieß auch bei dem deutschen Ausdruck Schuld der Fall ist, ohne daß dabei immer an eine Zurechnung gedacht würde (vgl. z. B. Cic. Phil. 2 c. 18: fortunae vitio, non suo decoquere, — de har. resp. c. 26: honorem vitio civitatis, non suo non assequi). In gleich abgeblaßtem Sinne wird in l. 40 §. 1 D. h. t. und l. 46 pr. D. de furt. 47. 2 der Ausdruck beneficium gebraucht, so daß auch er nichts bezeichnet, als daß eine Wirkung in einer Person, Sache, Thatsache ihre Ursache habe. Vgl. auch Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXX S. 229, Hesse Rechtsverhältnisse rc. S. 71—73.

2 Dann bleibt es natürlich dem Beschädigten unbenommen, sich auf dieses Recht zu berufen; er kann aber auch, wenn er ein Schadensersatzversprechen erlangt hat, dieses geltend machen. L. 27 §. 10 D. ad leg. Aq. 9. 2 (vgl. Coll. XII. 7 §. 8), l. 1 §. 5 D. de ripa munienda 43. 15, l. 18 D. de S. P. U. 8. 2 (vgl. Note 9).

3 Entweder weil den Handelnden keine Verschuldung trifft (l. 18 §. 4 D. h. t.), oder weil der Schaden nicht an dem Körper einer Sache erlitten worden ist, z. B. die Miether ziehen aus (l. 37 vgl. l. 28. 29 l. 43 §. 1 D. h. t.).

beschränkungen angehört[4]. Unter keinen Umständen braucht der Eigenthümer Ersatz zu versprechen für die Vortheile, welche er durch seine Thätigkeit dem benachbarten Grundstück entzieht[5].

---

[4] Man bemerke hierüber Folgendes. 1) In den Quellen ist entschieden, daß nach dem Recht der damni infecti cautio Schadensersatz begehrt werden könne: a) wenn Jemand auf seinem Grundstücke so tief grabe, daß dadurch des Nachbarn Mauer einstürze (l. 24 §. 12 D. h. t.; b) wenn Jemand auf seinem Grundstück einen Dungplatz so anlege, daß dadurch des Nachbarn Mauer feucht werde (l. 17 §. 2 D. si serv. 8. 5). Es fragt sich nun, ob dieß singuläre Entscheidungen sind, oder ob in ihnen ein Grundsatz anerkannt ist, nach welchem dem Eigenthümer überhaupt verboten ist, auf seinem Grundstücke eine den Nachbar beschädigende Thätigkeit vorzunehmen. Das Erste ist im ersten Band dieses Lehrbuches (§. 169, namentlich Note 12) angenommen worden; aber diese Meinung ist schwerlich haltbar. Gegen dieselbe spricht: a) die Allgemeinheit des Ausdrucks in der eben citirten l. 24 §. 12 und der damit in Verbindung stehenden l. 26 D. h. t. b) In l. 15 §. 2 sqq. l. 24 pr. D. h. t. vgl. l. 31 eod. heißt es von der cautio damni infecti, welche von demjenigen geleistet worden ist, der auf einem öffentlichen Grundstück ein „opus facit", daß kraft ihrer Ersatz alles aus dem opus entstandenen Schadens verlangt werden könne. Dabei wird zwar einerseits ausgegangen von dem Begriff „vitio operis", andernseits aber (vgl. Note 1) so wenig eine fehlerhafte Beschaffenheit des opus verlangt, daß vielmehr dieser letztere Fall in l. 24 pr. cit. als ein besonderer ausdrücklich hervorgehoben wird. In l 15 §. 5 cit. heißt es denn auch, daß das „damnum ex opere" ersetzt werden müsse. (Der gleiche Ausdruck in l. 39 pr. D. h. t., nur daß hier statt „damnum" „vitium" gesagt ist, worüber zu vergleichen ist l. 32 D. h. t., l. 1 §. 3 D. ne quid in fl. publ. 43. 13). c) Die cautio damni infecti kann nach dem in §. 456 Note 19 und unten in diesem §. unter Nr. 4 Gesagten auch von demjenigen gefordert werden, welcher auf fremdem Grund und Boden etwas vornehmen will, wozu er an und für sich berechtigt ist. Auch in diesem Falle wird eine fehlerhafte Beschaffenheit des opus nicht verlangt; ja die Arbeiten, um die es sich hier handelt, sind zum Theil von der Art, daß in Betreff ihrer ein vitium operis in dem Sinne von fehlerhafter Beschaffenheit keinen Sinn hat, s. z. B. l. 9 §. 1 D. h. t. (Wegnehmen von aufgetriebenen Sacken), l. 9 §. 1 D. ad exh. 10. 4 (Auflesen von Baumfrüchten), ferner l. 19 §. 4 D. loc. 19. 2, l. 5 D. de aq. pluv. 39. 3. d) Nach l. 35—37 D. h. t. ist derjenige, welcher eine gemeinschaftliche Mauer neu baut, aus der damni infecti cautio dem Miteigenthümer zum Schadensersatz verpflichtet, wenn in Folge des Neubau's dessen Miether ausziehen. Dabei wird nur vorausgesetzt, daß der Neubau unnöthig war, weil sonst der Bauende die Befugniß zu demselben ohne Rücksicht auf seine Folgen hatte; unter dieser Voraussetzung aber ist es der Neubau als solcher, welcher verpflichtet, nicht erst eine fehlerhafte Beschaffenheit desselben. 2) Wird nun aber auf Grund dieser Erwägungen im Principe anerkannt, daß

2. Leistet der Eigenthümer das Versprechen nicht, wo er es leisten muß, so erfolgt nicht Einweisung in den Besitz und Aberkennung des Rechtes[6], sondern der Eigenthümer wird in der Fortsetzung seiner Thätigkeit gehindert[7].

3. Der gleiche Nachtheil trifft denjenigen, welcher auf einem öffentlichen Grundstück eine Thätigkeit vornimmt, von welcher ein Anderer Schaden fürchtet[8].

4. Daß auch derjenige ein Schadensersatzversprechen leisten muß, der zu einer Thätigkeit auf fremdem Grund und Boden, zu welcher er an und für sich berechtigt ist, zugelassen werden

---

der Grundeigenthümer auf seinem Grund und Boden nicht Alles thun darf, was ihm beliebt, daß er vielmehr für den durch seine Thätigkeit dem Nachbarn zugefügten Schaden dem Nachbarn Ersatz nach den Grundsätzen der damni infecti cautio leisten muß: so ist es doch auf der anderen Seite vollkommen sicher, daß dieser Satz keine unbedingte Wahrheit in Anspruch nehmen kann, daß er vielmehr in der gleichen Weise beschränkt werden muß, wie der Satz, von welchem in diesem Lehrbuch an der bezeichneten Stelle ausgegangen worden ist, daß nämlich der Nachbar sich keine Einwirkung (Immission) auf sein Grundstück gefallen zu lassen braucht (§. 169 Note 7). Wie aber die hier an und für sich nothwendige Beschränkung zu formuliren sei, ist eine noch nicht abgeschlossene Frage; seit dem Erscheinen des ersten Bandes dieses Lehrbuchs sind darüber folgende Aufsätze veröffentlicht worden: von Werenberg, Ihering, und Hesse, alle drei in den Jahrb. f. Dogm., VI Nr. 1. 2. 9 (1863), ferner von Hoffmann Arch. f. prakt. RW. N. F. I. 7 (1864). S. auch das ausführlich motivirte Urtheil des OAG. zu Rostock bei Buchka und Budde Entscheidungen IV S. 108—121 (1862).

[5] L. 24 §. 12 l. 26 D. h. t. Hesse Rechtsverhältnisse ꝛc. S. 64—66, Vangerow a. a. O. Nr. VI. 4. Seuff. Arch. XVIII. 12.

[6] Wie die herrschende Meinung annimmt. Die hier vertretene Meinung ist namentlich ausgeführt worden von Bachofen Pfandrecht S. 384 fg., welcher Schriftsteller aber darin zu weit geht, daß er den Ausdruck: damnum vitio operis ausschließlich auf den hier verhandelten Fall bezieht. Vgl. noch Hesse a. a. O. S. 5. 153 unt. 154.

[7] Durch den Richter, wenn der Eigenthümer auf den Einspruch des Gegners nicht hört, — operis novi nuntiatio, interdictum quod vi aut clam. Vgl. namentlich l. 1 §. 16. 17 D. de O. N. N. 39. 1.

[8] Nur daß in diesem Falle die Leistung des Versprechens umgekehrt die Bedingung ist, unter welcher der Handelnde gerichtlichen Schutz für die Fortsetzung seiner Thätigkeit erhält. L. 1 pr. D. de ripa mun. 43. 15 in Verbindung mit l. 7 pr. D. h. t., l. pr. D. de via publ. 43. 11 in Verbindung mit l. 15 §. 6 D. h. t., l. 1 pr. D. de loco publ. fr. 43. 9 in Verbindung mit l. 15 §. 9 h. t.

will, und daß die Leistung des Versprechens die Bedingung seiner Zulassung ist, ist bereits oben bemerkt worden[9]. Bürgschaft braucht in diesem Falle nicht bestellt zu werden[10].

β. Durch bewegliche Sachen.

§. 461.

Für Schaden, welcher Jemandem durch eines Andern bewegliche Sachen zugefügt wird, kann er Ersatz nur insofern begehren, als er die Schaden stiftenden Sachen, wenn sie in seinen Besitz gelangt sind, vor geleistetem Schadensersatz nicht herauszugeben braucht[1].

D. Zwang und Betrug.

§. 462.

Den Betrug stellt das römische Recht lediglich unter die allgemeine Kategorie der Arglist; der Betrug ist die wichtigste Art der Arglist[1]. Es gelten daher für den aus dem Betrug entstehenden Anspruch die in §. 451 angegebenen Grundsätze[2].

Dagegen gelten für den Zwang[3], vorausgesetzt daß er die

---

9 S. §. 456 Note 19. Hierher gehört auch wohl l. 18 D. de S. P. U. 8. 2.

10 L. 13 §. 1 l. 30 pr. §. 1 D. h. t. Anders ist entschieden bei Seuff. Arch. IV. 11.

§. 461. 1 L. 5 §. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 9 §. 3 D. de damno inf. 39. 2, l. 8 D. de incend. 47. 9. Heise u. Cropp Abhandlungen I. 20 (über l. 9 §. 2 D. de damno inf. das. S. 422. 423). Seuff. Arch. III. 59, IV. 53.

§. 462. 1 Vgl. §. 451 Note 2.

2 Nur Einen Fall des Betrugs hebt das römische Recht besonders hervor, den Betrug desjenigen, welcher wissend, daß er nicht Tutor ist, zu einer Rechtshandlung des Mündels seine Auctorität gibt. L. 7 §. 1 D. quod falso tut. 27. 6. Unterholzner II §. 338, Rudorff Recht der Vormundschaft II S. 295—301. Für die Römer hatte diese besondere Hervorhebung die Bedeutung, daß die actio gegen den falsus tutor nicht den in §. 451 Note 10 angegebenen Beschränkungen unterlag. Für uns dagegen ist die Unterscheidung dieses Falls ohne alles Interesse. Denn das Recht des Betruges, wie es für uns gilt, ist nicht enger, sondern weiter, als das Recht dieses besonderen Falles, da die actio de dolo erst in zwei Jahren verjährt (§. 451 Note 5), die actio gegen den falsus tutor dagegen bereits in einem Jahre (l. 9 §. 1 D. tit. cit.)

3 Dig. 4. 2 quod metus causa gestnm erit. Cod. 2. 20 de his quae vi

I §. 80 Note 6 angegebenen Eigenschaften hat[4], folgende besondere Bestimmungen[5].

1. Der Zwingende haftet auf vollen Schadensersatz[6] binnen der gewöhnlichen Verjährungsfrist[7]. Wird aber innerhalb eines Jahres[8] gegen ihn geklagt, so trifft ihn noch der fernere Nachtheil, daß er, wenn er bis zum Urtheil hartnäckig bleibt, auf das Vierfache verurtheilt wird[9]. Ob die erzwungene Handlung eine Rechtshandlung ist, oder eine Handlung thatsächlicher Natur, ist dabei gleichgültig[10].

2. Aus dem Zwange entsteht aber ferner auch ein Anspruch gegen den dritten Unschuldigen, welcher dasjenige in Händen hat, was dem Gezwungenen durch den Zwang entzogen worden ist[11],

---

metusve causa gesta sunt. — Schliemann die Lehre vom Zwange S. 15—52. Kramer de leer van den psychischen dwang (Inauguralabhandlung, 1864) S. 199 fg. Glück V S. 468 fg.; Unterholzner II §. 339—341, Sintenis II S. 743—745.

[4] Vgl. zu dem in Note 6 a. a. O. Gesagten noch Kramer a. a. O. S. 167 fg., welcher als positives Erforderniß Unwiederherstellbarkeit des gedrohten Uebels aufstellt.

[5] Anwendbarkeit der actio doli: l. 14 §. 13 D. h. t., — der condictio ob turpem causam: l. 4 §. 2 l. 7 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5 (§. 423 Note 4).

[6] L. 9 §. 7. 8 l. 10 §. 1 l. 12 pr. l. 12 §. 2 l. 21 §. 2 D. h. t.; l. 4. C. h. t. Er haftet unabhängig von aller Bereicherung: l. 14 §. 5 D. l. 1 C. h. t.

[7] Die actio quod metus causa ist nach classischem Recht actio perpetua, l. 14 §. 1. D. h. t. Allerdings heißt es, daß dieselbe post annum nur dann gegeben werden solle, wenn keine andere actio zu Gebote stehe (l. 14 §. 1. 2 D. l. 4 C. h. t., Schneider subsidiäre Klagen S. 377 fg.); aber es ist nicht abzusehen, wie von diesem Satze noch heutzutage Gebrauch gemacht werden könnte, da auch aus dem Zwang als solchem nicht Mehr verlangt werden kann, als Ersatz des erlittenen Schadens. — Die Erben haften, wie bei allen andern Delictsansprüchen, nach römischem Recht auf die Bereicherung (l. 16 §. 2 l. 17. 19. 20 D. h. t.), nach heutigem auf den Bestand der Erbschaft (§. 359 Note 15. 16).

[8] Annus utilis, l. 14 §. 2 D. l. 4 C. h. t.

[9] L. 14 §. 1. 4. 7. 9. 10. 14 D. l. 4 C. h. t. Die heutige Anwendbarkeit dieses Satzes ist freilich sehr bestritten, und jedenfalls ist er nicht mehr in lebendigem Gebrauch. S. §. 359 Note 13. 15.

[10] Dieß wird gewöhnlich nicht beachtet. Aber s. l. 9 §. 2. D. h. t. („vel aedificii depositionem"). Schliemann S. 38—40, Kramer p. 56. 105 sqq.

[11] L. 9 §. 1. 8 l. 10 pr. l. 11 l. 14. §. 3. 5 D. h. t.; vgl. l. 3 C. h. t.

oder der es arglistigerweise wieder verloren hat[12], — auf Herausgabe des in seinen Händen Befindlichen oder in der angegebenen Weise wieder Verlorenen. Auch dieser Anspruch verjährt in der gewöhnlichen Zeit und steigert sich ebenfalls binnen eines Jahres durch hartnäckige Verweigerung der Restitution auf das Vierfache[13]. Dieser Anspruch setzt aber voraus, daß die erzwungene Handlung eine Rechtshandlung sei[14].

E. Verkürzung der Gläubiger*.

§. 463.

Wenn ein Schuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu verkürzen, eine Vermögensverminderung vornimmt, so haftet nicht bloß er selbst den Gläubigern, sondern unter gewissen Bedingungen auch derjenige, zu Gunsten dessen er die Vermögensverminderung vorgenommen hat[1]. Von praktischer Bedeutung ist natürlich allein

---

12 L. 14 §. 5 l. 18 D. h. t.

13 L. 14 §. 3 D. h. t. S. Note 9.

14 Schliemann S. 40 Note 15.

§. 463. * Dig. 42. 8 quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur. Cod. 7. 75 de revocandis his quae in fraudem creditorum alienata sunt. — Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 375—477 (1801). v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI S. 131—137 (1833). Francke Arch. f. civ. Pr. XVI. 5. 10 (1833). Laspeyres das. XXI. 2 (1838). Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIV. 1 (1857). Unterholzner II S. 92—100 141, Sintenis II S. 734—738.

1 Das Praetorische Edict, die Quelle der hierher gehörigen Bestimmungen, stellte den Gläubigern für den bezeichneten Fall sowohl eine actio zur Verfügung (l. 1 pr. D. h. t.), als ein interdictum (l. 10 pr. D. h. t.) Die actio wird in l. 38 §. 4 D. de usur. 22. 1 Pauliana actio genannt; das interdictum kommt sonst unter dem Namen fraudatorium interdictum vor (l. 67 §. 1 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 96 pr. D. de solut. 46. 3, l. 1 C. Th. de integri rest. 2. 26). Am Schlusse der zweiten Edictsstelle (l. 10 pr. cit.) wird aber noch eine actio in factum gegen den unschuldigen Erwerber versprochen, und in der Interpretation dieser Edictsstelle wird eine actio in factum auch gegen den der Arglist theilhaftigen Erwerber als das zutreffende Rechtsmittel behandelt. Das Verhältniß dieser verschiedenen Rechtsmittel zu einander ist nicht klar. Was zuerst die actio Pauliana und die actio in factum angeht, so nimmt man gewöhnlich an, beide Klagen (oder doch die actio Pauliana und die actio in factum gegen den arglistigen Erwerber) seien identisch. Dagegen hat Huschke

das Letztere, da der Schuldner selbst den Gläubigern ohnehin verpflichtet ist[1a].

1. Vermögensverminderung. Wie dieselbe geschieht, ist gleichgültig. Ein Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der der Veräußerung im engeren Sinn, d. h. der Fall der Rechtsübertragung[2]; aber ebenso gehört hierher der Fall der bloßen Aufgabe eines Rechts, mag dieselbe direct[3] oder indi-

---

a. a. O. auszuführen gesucht, daß die actio in factum der actio Pauliana gegenüber nicht bloß äußerlich selbständig gewesen sei (in der zweiten Edictsstelle sei sie auch gegen den arglistigen Erwerber versprochen gewesen, dieser Theil des Edicts aber von den Compilatoren weggelassen worden), sondern auch materiell von ihr verschieden. Ich halte die Husch ke'sche Beweisführung vielfach für nicht überzeugend (s. unten Note 6. 15. 17. 21. 26.); doch kommt hierauf praktisch nichts an. Denn jedenfalls für das heutige Recht ist der Unterschied beider Klagen, wenn er auch für das römische bestanden haben sollte, gleichgültig; der Kläger kann heutzutage verlangen, was dem Römer die eine und die andere actio gewährte. Was sodann das Interdict betrifft, so nimmt Huschke an, dasselbe sei eingeführt worden, um den Gläubigern eine schleunigere Rechtshülfe zu gewähren, jedoch nur zum Zwecke der Zurückziehung der entzogenen Sachen zum Concursvermögen, um mit diesem verkauft zu werden; und auch noch in andern Punkten habe sich das Interdict von der actio Pauliana und der actio in factum materiell unterschieden. Mir scheinen auch diese Aufstellungen Huschke's äußerst bedenklich (vgl. Note 1a. 6). In der Praxis wird allerdings wohl mit Anknüpfung an das Interdict zu dem bezeichneten Zwecke ein schleuniges Rechtsmittel gewährt, aber nur als provisorisches, und im Uebrigen mit dem Recht der Pauliana. Huschke S. 129 (s. aber auch Petzoldt Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. das KR. Sachsen XIX S. 485 Note 51). Vgl. Brinz §. 123, Keller §. 370, Arndts §. 228 Anm. 1. — Ueber die in integrum restitutio wegen alienatio in fraudem creditorum s. I §. 116 Note 2. Huschke a. a. O. S. 49 fg. bezieht die Quellenstelle, auf welche es hier ankommt (§. 6 I. de act. 4. 6) auf die Pauliana actio (Note 15).

[1a] Deßwegen ist von diesem Fall in den Quellen kaum die Rede. S. l. 1 pr. i. f. l. 10 §. 24 l. 12 l. 25 §. 7 D. h. t. (Die von Huschke [S. 101] aufgestellte Behauptung, daß das Interdict nicht gegen den Fraudator selbst gewährt worden sei, gründet sich bloß auf die von diesem Schriftsteller dem Interdicte beigelegte specifische Function [Note 1]).

[2] Vgl. I §. 69 zu Note 9. L. 1 §. 2 D. l. 1 C. h. t.; l. 3 pr. l. 9 D. l. 2. 3. 5 C. h. t., l. 43 §. 7 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Bestellung eines das Eigenthumsrecht beschränkenden Rechts: l. 10 §. 13 l. 22 D. h. t.

[3] Aufgeben eines Pfandrechts, l. 2 l. 18 D. h. t., — eines Nießbrauchs,

rect[4] geschehen, so wie der Fall der Begründung einer dinglichen oder obligatorischen Last[5]. Auch auf rein factischem Wege, durch Vernichten oder Verderben von Sachen, kann eine Vermögensverminderung herbeigeführt werden; doch ist dabei die Verhaftung eines Dritten natürlich ausgeschlossen[6]. Dagegen gibt bloße Abweisung eines Erwerbes den Gläubigern einen Anspruch nicht[7], und nur zu Gunsten des Fiscus wird in dieser Beziehung eine Ausnahme gemacht[8].

2. Vermögensverminderung in der Absicht, die Gläubiger zu verkürzen[9]. Diese Absicht ist anzunehmen, sobald der Schuldner, welcher die Vermögensverminderung vornimmt, weiß, daß er zahlungsunfähig ist, oder daß er sich durch die Vermögensverminderung zahlungsunfähig macht[10].

---

l. 10 §. 15 D. h. t., — eines Forderungsrechtes, l. 1 §. 2 l. 3 pr. l. 17 pr. D. h. t., l. 9 §. 5 D. de iurei. 12. 2.

4 Nichtunterbrechen einer Verjährung, l. 3 §. 1 l. 4 D. h. t.; absichtliche Herbeiführung des Verlustes eines Prozesses, l. 3 §. 1 D. h. t.; Dereliction einer Sache, damit ein Anderer sie occupire, l. 5 D. h. t.

5 L. 2 §. 1 l. 3 pr. l. 6 §. 6 l. 10 §. 13 l. 22 D. h. t. — Im Fall der Begründung einer Obligation ist jedoch der einfachere Weg der Rechtshülfe der der Zurückweisung der Forderung aus dem Concurse (exceptio, denegatio actionis). L. 25 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 9 §. 5 D. de iurei. 12. 2. Vgl. Huschke S. 26—29.

6 L. 25 §. 7 D. h. t. — Das Praetorische Edict spricht bei der Aufstellung der actio von einem *gerere* fraudationis causa, bei der Aufstellung des Interdicts von einem *facere* fraudandi causa. Nach der Meinung Huschke's (S. 81 fg.) ist dieser letztere Ausdruck mit Absicht gewählt, um dadurch auch den Fall der bloß factischen Vermögensverminderung (l. 25 §. 7 cit.), so wie den Fall der indirecten Vermögenszuwendung zu treffen (l. 5 D. h. t.). Das mag sein; obgleich doch Ulpian bei der Erläuterung der die actio gewährenden Edictsstelle das gerere ganz unbedenklich mit facere wiedergibt (l. 1 §. 2 l. 3 §. 1. 2 l. 6 §. 8 D. h. t.). Vgl. noch l. 28. D. de V. S. 50. 16. Wenn aber Huschke hierauf, unter Herbeiziehung der Erzählung bei Cic. de orat. II. 69 §. 280, eine Vermuthung über den Urheber des Interdicts baut (S. 1—25. 121), so scheint mir das eine fast mehr als kühne Combination zu sein.

7 L. 6 pr. — §. 5 D. h. t., l. 67 §. 1 D. ad SC. Treb. 36. 1. Vgl. Holzschuher III §. 232 Nr. 8.

8 L. 45 pr. D. de I. F. 49. 14.

9 L. 1 pr. D. h. t. „fraudationis causa", l. 10 pr. D. h. t. „fraudandi causa". Vgl. l. 79 D. de R. I. 50. 17.

10 L. 17 §. 1 D. h. t. Vgl. noch l. 10 §. 11 D. eod., l. 8 D. de tut. 26. 1. Seuff. Arch. III. 249, V. 95, VII. 268, IX. 356 Nr. 3, XII. 227. A. M. das OAG. zu Rostock bei Buchka u. Budde Entscheidungen V. S. 284 fg.

3. Die Verkürzungsabsicht muß wirklich erreicht worden sein[10a], und zwar denselben Gläubigern gegenüber, auf welche sie gerichtet war[11], und an demselben Vermögen, an welchem die Verminderung vorgenommen worden ist[12].

4. Ein Anspruch gegen den Dritten, zu Gunsten dessen die Vermögensverminderung vorgenommen worden ist, ist begründet:

a) wenn der Dritte die betrügerische Absicht der Vermögensverminderung gekannt hat[13]. In diesem Falle haftet er auf vollen Ersatz des den Gläubigern Entzogenen[14], ohne Rücksicht darauf, ob er es noch hat[15], ja ohne Rücksicht darauf, ob er es jemals

---

10a Seuff. Arch. I. 393, III. 247. 248, V. 95, XII. 113, XIII. 307.

11 L. 10 §. 1 l. 15. 16 D. h. t. L. 15 D. cit.: — „utrumque in eorundem personam exigimus, consilium et eventum".

12 L. 10 §. 9 D. h. t. Vgl. l. 10 §. 10. 11 eod.

13 L. 1 pr. D. h. t.: „cum eo qui fraudem non ignoraverit"; l. 10 pr. D. h. t. „sciente te". L. 5 C. h. t. Näheres: l. 6 §. 8 l. 10 §. 2. 3. 5. 7. 8 l. 25 §. 3 D. h. t.

14 L. 38 §. 4 D. de usur. 22. 1: — „nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset". L. 10 §. 22 D. h. t.: — „generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset". L. 10 §. 15. 23 l. 14 pr. l. 17 pr. l. 18 D. h. t.

15 Der Grund seiner Verhaftung ist nicht sein Haben, sondern sein Delict. Vgl. l. 9 pr. D. h. t.: — „quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui eum admisit". S. noch l. 25 §. 1 D. h. t.: der Empfänger hat mit der Auflage der Herausgabe an einen Dritten erhalten, und dieser Auflage genügt; er haftet nichtsdestoweniger. Wenn es in l. 9 D. h. t. heißt, daß der Empfänger, wenn er das Erhaltene verkauft habe, das Kaufgeld herausgeben müsse, so ist damit nicht gesagt, daß er bloß das Kaufgeld herausgeben müsse, falls damit das Interesse der Gläubiger nicht vollständig gedeckt sei. So wird auch in l. 14 D. h. t. dem Empfänger die Verpflichtung auferlegt, den Anspruch, welchen er gegen einen Dritten in Betreff des Erhaltenen habe, herauszugeben, obgleich er unzweifelhaft nicht minder auf das Erhaltene selbst haftet. — Huschke (S. 49 fg. 100. 102) behauptet, daß bloß das Interdict und die actio in factum unabhängig vom Besitze des Beklagten seien, nicht dagegen die actio Pauliana. Die actio Pauliana sei nämlich actio rescissoria *in rem*, und nicht bloß, wenn damit ein dingliches Recht zurückgefordert werde (auf welchen Fall Huschke §. 6 I. de act. 4. 6 bezieht, vgl. Note 1 a. E.), sondern auch in allen andern Fällen; denn sie mache immer das Recht der Gläubiger am Vermögen geltend, und sei daher zu vergleichen mit der hereditatis petitio. Gegen diese Auffassung (mit welcher im Wesentlichen übereinstimmt Brinz §. 123) spricht das ausdrückliche Zeugniß der l. 38 §. 4

gehabt hat[16]. Mit dem Empfangenen muß er allen Gewinn herausgeben, welchen er davon gezogen hat[17], oder welchen der Schuldner davon hätte ziehen können[18]. Für Gegenleistungen, welche er für den Erwerb gemacht hat, kann er seinerseits Ersatz nur dann verlangen, wenn sie noch vorhanden sind[19]; Ersatz für Verwendungen kann er nur dann verlangen, wenn dieselben nothwendig waren[20]. — Jedoch haftet der Erwerber in dieser Strenge nicht mehr, wenn ein Jahr seit dem Verkauf des Vermögens des Schuldners verflossen ist[21], nach dieser Zeit nur auf die jetzt noch

---

D. de usur. 22. 1, welche Stelle Huschke (S. 51. 52) sehr kurzweg beseitigt; für dieselbe, so viel ich sehe, nur die Paraphrase des Theophilus zu der gedachten Institutionenstelle, und auch diese nur was den speziellen daselbst erwähnten Fall angeht (vgl. auch Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VI S. 138). Uebrigens ist die Behauptung, daß die actio Pauliana eine dingliche Klage sei, auch vor Huschke häufig aufgestellt worden, freilich nicht in diesem Umfange.

16 L. 25 §. 3 D. h. t. Unterholzner S. 95, Huschke S. 103. A. M. Sintenis Anm. 30.

17 L. 10 §. 19—21 D. h. t., l. 38 §. 4 D. de usur. 22. 1. Nach l. 25 §. 4—6 D. h. t. sollen aber bloß die bereits zur Zeit der Veräußerung vorhandenen Früchte herausgegeben werden müssen, ja es scheint, daß die betreffende Edictsstelle in dieser Beziehung eine ausdrückliche Bestimmung enthalten habe (l. 25 §. 6 cit. „Fructus autem fundo cohaesisse, non satis intelligere se Labeo ait, utrum duntaxat qui maturi, an etiam, qui immaturi fuerint, praetor significet"). Wie es sich hiermit verhalte, bleibt dunkel. Die Annahme, daß in der zuletzt genannten Stelle nur von der Klage gegen den redlichen Erwerber die Rede sei (Unterholzner S. 98 fg.), scheint mir eben so wenig gerechtfertigt, als die von Huschke (S. 105 fg.), daß die Beschränkung auf die fructus cohaerentes eine Eigenthümlichkeit der actio in factum gegenüber dem Interdict und der actio Pauliana gewesen sei, indem nämlich auch in l. 10 §. 19—21 D. h. t. unter fructus nur fructus cohaerentes zu verstehen seien! (Vgl. hiergegen namentlich auch §. 22 das.: generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum" in Verbindung mit l. 38 §. 4 D. de usur. 22. 1 „praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset", und mit dem weitern Inhalt des §. 22). S. auch Schmidt Interdictenverf. S. 42. 43.

18 L. 10 §. 20. 22 D. h. t. A. M. Huschke S. 70. 105 fg.

19 L. 7. 8 D. h. t.

20 L. 10 §. 20 D. h. t.

21 L. 10 §. 18 D. h. t. „Annus huius in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum". In l. 6 §. 14 D. h. t. heißt es einfach: „ex die factae venditionis". Huschke S. 64 fg. versteht das Letztere von der

vorhandene Bereicherung[22]. Seine Erben haften nach der für Delictsansprüche überhaupt geltenden Regel[23].

b) Hat der Erwerber die betrügerische Absicht der Vermögensverminderung nicht gekannt, so haftet er von vorn herein nur auf die jetzt noch vorhandene Bereicherung[24].

5. Der Anspruch kann nach Eröffnung des Concurses nur von der Gesammtheit der Gläubiger bez. deren Vertreter geltend gemacht werden[25], vorher und nachher von jedem einzelnen Gläubiger[26]. Wird die Vermögensverminderung selbst erst nach Er-

---

fraudulösen Veräußerung, und begründet hierauf einen weiteren Unterschied zwischen der actio in factum und der actio Pauliana. Dawider spricht, daß der genannte §. 14 am Ende einer Ausführung steht, welche durchweg von Rechtsgeschäften überhaupt handelt, und dafür gewiß nicht, was Huschke geltend macht, daß die actio Pauliana in erster Linie dem curator bonorum, der doch mit dem Güterverkaufe aufhöre, versprochen sei; war ja, wie auch Huschke annimmt, die actio Pauliana nicht minder den Gläubigern selbst zugänglich. — Das Jahr wird utiliter berechnet, l. 1 pr. l. 6. §. 14 D. h. t.

22 L. 10 §. 24 D. h. t.

23 Römisches Recht: l. 10 §. 25 l. 11 D. h. t. Heutiges Recht: §. 359 Nr. 2. — Häufig wird angenommen (Sintenis Anm. 34, Brinz S. 531, Arndts §. 228 Anm. 4), auch der Sondernachfolger hafte, wenn er in bösem Glauben erworben habe. Mir erscheint der Schluß a contrario aus l. 9 D. h. t., auf welchen dieser Satz gestützt wird, zu wenig zwingend. Dawider auch Huschke S. 58.

24 L. 10 pr. D. h. t.: — „interdum causa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam". L. 5 C. h. t.: — „contra ... eum, qui ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta". Schenkung: l. 6 §. 11 D. l. 3 C. h. t.; Vermächtniß: l. 6 §. 13 D. h. t.; Bestellung einer Dos, in welcher aber bloß eine Schenkung an die Frau liegt, nicht an den Mann: l. 10 §. 14 l. 25 §. 1. 2 D. h. t. Erwerb durch einen Andern: l. 6 §. 12 l. 10 §. 5 l. 25 pr. D. h. t. Haftung auf die Bereicherung: l. 6 §. 10 —12 l. 10 §. 5 D. h. t. — Seuff. Arch. XI. 106, XVI. 273.

25 Der Fall, wo der Anspruch nach Eröffnung des Concurses von dem curator bonorum geltend gemacht wird, erscheint als der Normalfall. L. 1 pr. D. h. t. „Quae fraudationis causa gesta erunt, . . . de his curatori bonorum . . . actionem dabo". Vgl. Blätter für Rechtsanwend. zunächst in Bayern N. F. X S. 129. fg.

26 Der Prätor fährt fort (l. 1 pr. cit.): „vel ei cui de ea re actionem dari oportebit". In dem zweiten Edict (l. 10 pr. D. h. t.) verweist der Prätor auf dieses erste. Ein einzelner Gläubiger als Kläger erscheint in l. 10 §. 6 D. l. 1 C. h. t, l. 96 pr. D. de sol. 46. 3, l. 1 C. Th. de integri rest. 2. 16 — Es ist jedoch nicht unbestritten, daß der Anspruch auch vor Eröffnung

öffnung des Concurses vorgenommen, so ist sie nach heutigem Recht nichtig[27], ohne daß jedoch dadurch der persönliche Anspruch der Gläubiger ausgeschlossen wäre[28].

6. Zahlungen an einen Gläubiger unterliegen, vorausgesetzt daß sie nicht nach Eröffnung des Concurses erfolgt sind[29], der Rückforderung nicht[30], selbst dann nicht, wenn der Schuldner sie in der Absicht gemacht hat, dadurch dem Empfänger auf Kosten der übrigen Gläubiger einen Vortheil zu verschaffen, und der Empfänger diese Absicht gekannt hat[31]. Anders, wenn der

des Concurses erhoben werden könne, und namentlich Huschke (S. 39 fg. 94 fg., s. außerdem Schweppe System des Concurses §. 33, Laspeyres a. a. O. S. 40) hat die Behauptung aufgestellt, daß der Anspruch nur einem immittirten Gläubiger zustehe. Huschke gründet diese Behauptung, abgesehen von Schlüssen aus der Natur der actio Pauliana und des interdictum fraudatorium, wie er diese Natur construirt (Note 1. 15): a) auf §. 6 I. de act. 4. 6, s. darüber I §. 116 Note 2 und oben Note 1 u. 15; b) auf l. 10 §. 1. 9. 10. 18 l. 25 §. 7 D. l. 5 C. h. t., aus welchen Stellen hervorgehe, daß die actio in factum von den immittirten Gläubigern sogar erst nach dem Güterverkauf habe erhoben werden können. Das Letztere könnte richtig sein, ohne daß deßwegen die Regel für das heutige Recht anders gestellt werden müßte, als geschehen ist (Note 1); aber auch in jener Beziehung darf gefragt werden, ob die erwähnten Stellen in der That die actio in factum auf die Zeit nach dem Güterverkaufe haben beschränken wollen. Vgl. auch Gmelin die Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger S. 40—42, Kori System des Concursproz. §. 41. Seuff. Arch. II. 115, III. 247. 251, IX. 356 Nr. 2, XI. 321, XV. 6. 180. XVI. 171; anders III. 251, XIII. 202, XVIII. 86.

[27] S. §. 272 Note 8; auch Francke a. a. O. S. 229 fg.

[28] Derselbe kann den Gläubigern von Wichtigkeit sein, wenn der Erwerber nicht mehr besitzt, ebenso in Betreff der nicht gezogenen Früchte.

[29] L. 6 §. 7 l. 10 §. 16 D. h. t.

[30] Von dieser Frage speciell handeln die bei * angeführten Aufsätze von Francke und Laspeyres; s. ferner Vangerow III §. 697 Anm.

[31] L. 6 §. 7 und namentlich l. 24 i. f. D. h. t., s. auch l. 129 pr. D. de R. I. 50. 17 (l. 6 §. 6 D. h. t. handelt wohl nicht von Zahlung, sondern von Zahlungsempfang, Laspeyres S. 58 fg., Vangerow S. 649, Huschke S. 31 Anm. 1). Anders früher die herrschende Meinung (Francke S. 134. 135), welche in neuerer Zeit, wenigstens dem Grundgedanken nach, wieder von Laspeyres in Schutz genommen worden ist (s. z. Gratificationstheorie); dawider Francke a. a. O., Vangerow a. a. O., Huschke S. 32—34, Sintenis a. a. O. Anm. 26, Arndts §. 228 Anm. 3. Jene hier verworfene Meinung wird hauptsächlich auf l. 6 §. 1. 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5 und l. 24 D. h. t. im ersten Theil, ferner auf l. 96 pr. D. de solut.

Schuldner nicht zahlt, sondern ein Pfand bestellt[32]; anders auch, wenn er etwas Anderes an Zahlungsstatt gibt[33]. Daß die getilgte Schuld eine bloß natürliche war, begründet ein Rückforderungsrecht nicht[34]; ebenso wenig, daß sie noch nicht fällig war, doch muß in diesem letzteren Fall der durch die verfrühte Zahlung erlangte Vortheil herausgegeben werden[35]. Ein unbedingtes Rückforderungsrecht Zahlungen gegenüber hat der Fiscus[36].

F. Widerrechtliche Störung factischer Zustände.

1. Störung des Besitzes.

§. 464.

Die Verpflichtungen, welche sich aus der widerrechtlichen

46. 3 gestützt, welche Stellen aber von anderen Fällen handeln (die ersten: es hat ein Erbe gezahlt, welcher später von dem beneficium abstinendi Gebrauch macht; die letzte: es hat der Schuldner den einen Gläubiger mit dem Geld des andern bezahlt). Für jene Meinung aus Seuff. Arch. nur IV. 276; dawider II. 352, IV. 272, VI. 305, IX. 356 Nr. 4, XII. 228.

[32] L. 2 l. 6 §. 6 l. 10 §. 13 l. 22 D. h. t. Francke S. 259—262, Dernburg Pfandr. I S. 197—200, Scheurl krit. VJSchr. II S. 444. Seuff. Arch. I. 392, II. 116. 352, III. 249, IV. 274, VI. 124.

[33] Hierfür gibt es ein ausdrückliches Zeugniß nicht; aber es folgt unmittelbar aus dem für die Verpfändung Anerkannten. Francke S. 262—266, Laspeyres S. 71—74, Vangerow S. 655, Römer Leistung an Erfüllungsstatt S. 149 fg. Seuff. Arch. III. 250, IX. 356 Nr. 4, XII. 228, XVIII. 202; anders IV. 276, VI. 305; vgl. auch VI. 125.

[34] L. 19. 20 D. h. t. Vangerow S. 654, Brinz S. 531. A. M. Francke S. 269, Huschke S. 32. — Nichtgeltendmachung des beneficium competentiae zu Gunsten der Gläubiger gegenüber einem Schenkungsversprechen ist als Grund der actio Pauliana anerkannt in dem Erk. des OAG. zu Lübeck bei Kierulff Sammlung I S. 109 (97).

[35] L. 10 §. 12 l. 17 §. 2 D. h. t. Nach einer anderen Meinung (Francke S. 266 fg., Laspeyers S. 75 fg., Petzoldt Zeitschr. f. RPfl. u. Verwalt. f. d. Königr. Sachsen XIX S. 481—504, Seuff. Arch. IV. 275) soll, wenn die Schuld erst nach Eröffnung des Concurses fällig wird, allerdings das Gezahlte zurückgefordert werden können; s. dagegen Vangerow S. 633, Sintenis Anm. 26 Nr. 5.

[36] L. 18 §. 10 l. 21 D. de I. F. 49. 14. Vgl. Holzschuher III S. 1161. Seuff. Arch. XVIII. 27.

Störung[1] des Sachbesitzes ergeben, sind schon oben im Zusammenhang der Lehre vom Besitze dargestellt worden; ebenso die Verpflichtungen aus der Störung des Besitzes an dinglichen Rechten[2]. Hier ist hinzuzufügen, daß auch die Störung des Besitzes anderer Rechte[3] Verpflichtungen erzeugt. Die Frage, an welchen anderen Rechten, außer den dinglichen, Besitz stattfinde, ist dahin zu beantworten, daß der Besitz principiell bei keinem Rechte ausgeschlossen ist, welches eine dauernde Ausübung zuläßt[4], daß aber die gegenwärtig in Deutschland herrschende

---

§. 464. [1] Der Ausdruck „Störung" wird hier im weiteren Sinne genommen, so daß er die Entziehung des Besitzes mit umfaßt.

[2] S. I §. 159—162. 164.

[3] Auf das Unpassende des, allerdings bequemen, Ausdrucks „Besitz eines Rechtes" ist bereits oben (I §. 163) aufmerksam gemacht worden. Was man Besitz eines Rechtes nennt, ist thatsächliche Geltendmachung eines Willensinhaltes, dessen rechtliche Anerkennung ein bestimmtes Recht ausmachen würde.

[4] Daher auch bei Obligationen nicht, wenn dieselben eine dauernde Ausübung zulassen. Nach einer andern sehr verbreiteten Meinung soll der Besitz bei Obligationen begriffsmäßig ausgeschlossen sein, s. namentlich Savigny Besitz S. 508 der 7. Aufl., Puchta Vorl. zu §. 137, Arndts §. 218, Unger I S. 547 Note 25, Sintenis I §. 43 Note 19. Dawider namentlich Bruns Besitz S. 480 fg., Randa der Besitz nach österr. R. S. 253 fg. In der That kann die Frage nur die sein, ob es Obligationen gibt, welche eine dauernde Ausübung zulassen; daß, wenn es solche gibt, an ihnen auch Besitz denkbar ist, sollte nicht bezweifelt werden; weder der Begriff des Besitzes, noch der der Obligation legt irgendwelche Schwierigkeit in den Weg. Von der bezeichneten Art sind aber zuvörderst alle Obligationen auf ein Unterlassen; ferner die Reallasten (und diese sind als möglicher Besitzgegenstand in Theorie und Praxis allgemein anerkannt [Note 5], freilich von Vielen nur auf Grund der Annahme, daß sie dingliche Rechte seien [s. §. 291 Note 6, auch Randa a. a. O. S. 254 Note 37]), Rentenforderungen, Zinsforderungen, Forderungen aus dem Miethverhältnisse ꝛc. Bruns a. a. O. ist der Meinung, daß Einheit der Obligation mit dauernder Ausübung (im Gegensatz des Falles, wo jedem Ausübungsact eine besondere Obligation entspricht) nur da angenommen werden dürfe, wo die Obligation „an dauernde personenrechtliche Verhältnisse geknüpft, oder dauernd auf Sachen, namentlich Immobilien, radicirt" sei. Bruns hat die Berechtigung dieser Beschränkung nicht nachgewiesen, und ich sehe für dieselbe keinen Grund. Bruns leugnet den Besitz namentlich bei Capital- und Miethzinsen (bei den ersteren auch Randa S. 265. 266); hier bilde „jede Leistung eine selbständige Obligation", es liege nicht „die fortdauernde Ausübung einer Obligation, sondern nur ... die sich stets erneuernde Ausübung einer sich stets erneuernden Obligation"

Doctrin und Praxis Besitzesschutz in diesem Umfange zu gewähren nicht geneigt ist, und denselben namentlich bei obligatorischen Rechten, welche nicht auf Grund und Boden radicirt sind, entweder ganz ausschließt, oder doch bedeutend beschränkt[5]. Die

---

vor. Aber wenn gefragt wird, worauf die Einheit einer Obligation beruht, so wird nimmermehr eine andere Antwort gegeben werden können, als: auf der Einheit des Entstehungsgrundes, und es wird im gegebenen Fall nur zuzusehen sein, ob auch wirklich, und nicht bloß scheinbar, Einheit des Entstehungsgrundes vorliegt. Wer sich versprechen läßt: das Grundstück A und das Grundstück B, läßt sich zweimal versprechen, und nur in der Abkürzung der Rede erscheint der doppelte Act als Einer; der Vermächtnißnehmer, welcher sich die Auszahlung der ihm hinterlassenen Vermächtnisse versprechen läßt, läßt sich nur einmal versprechen, denn er faßt die mehreren Vermächtnisse als Einheit zusammen. So wörtlich l. 29 pr. D. de V. O. 45. 1. Die Anwendung hievon auf Zinsen und Miethgeld braucht nicht erst nachgewiesen zu werden. Ueberdieß ausdrücklich: l. 58 pr. de fidei. 46. 1 („Si a colono stipulatus fideiussorem accepi, *una stipulatio est plurium pensionum*"), l. 75 §. 9 D. de V. O. 45. 1 („qui sortem stipulatur et usuras quascunque, certum et incertum stipulatus videtur, et tot sunt stipulationes, quot res" —). Vgl. §. 252 Note 9. — Ueber Besitz an „Personenrechten" s. Bruns S. 483 fg. 495 fg.

[5] Das römische Recht ist mit dem Besitzesschutz nicht über den Kreis der dinglichen Rechte hinausgegangen (I §. 163). Das canonische Recht dagegen nimmt Besitz und Besitzesschutz an: bei kirchlichen und weltlichen Hoheitsrechten, bei kirchlichen Aemtern und Würden, bei Beneficien und Pfründen, beim Patronate und dem Besetzungsrechte der Aemter, bei Ehrenrechten, bei Regalien, bei Reallasten, namentlich Zehnten, bei dem ehelichen Verhältniß. S. die Nachweisungen bei Bruns S. 186 fg. Dabei tritt nirgends hervor, daß der Besitz gerade nur dieser Rechte zu schützen sei, nirgends wird für irgend ein Recht eine Ausnahme gemacht. Auf demselben Standpunkt steht die an das canonische Recht sich anlehnende Doctrin und Praxis des kirchlichen und weltlichen Rechts bis zum Schluß des Mittelalters. Bruns §. 29. 34. Nur bei nicht dinglich radicirten Obligationen war keine Einigkeit der Meinungen vorhanden, indem hier eine Partei die Möglichkeit des Besitzes ganz leugnete (unter Berufung darauf, daß c. 24 X. de elect. 1. 6 nur von Grundzinsen rede, was ohne Zweifel auch richtig ist, Bruns S. 190), eine andere Partei wenigstens einen besitzähnlichen, wie Besitz zu schützenden status percipiendi annahm. Bruns S. 242. 277. Diese Theorie ist denn auch in Deutschland recipirt worden. Im 16. 17. und 18. Jahrh. hat man in Deutschland Besitz anerkannt: bei Familienrechten (Ehe, väterlicher Gewalt), Zustandsrechten (Adel, Bürgerrecht, persönlicher Freiheit, Verwandtschaft), Aemtern, Ehren-, Rang-, Zunftrechten, bei allen Arten von Grundlasten, bei Bannrechten, Zöllen, Hoheitsrechten, — während der Streit über

Grundsätze, nach welchen der Besitzesschutz, wo er wirklich eintritt, gewährt wird, sind die für den Besitzesschutz überhaupt gelten=

---

die Möglichkeit des Besitzes an (rein persönlichen) Obligationen fortdauerte. Bruns S. 383. 384. 407. 408. Auch in Reichsgesetzen hat diese Auffassung Ausdruck gefunden, Sanct. pragm. 1493 tit. X, R. A. 1548 §. 56. 59. 63, Landfriede 1548 §. 1, I. P. O. art. V §. 46. Im 19. Jahrh. dagegen hat die Ansicht Savigny's (Besitz §. 49), welcher Besitz nur an solchen Rechten anerkennt, die „mit dem Besitz und Genuß des Bodens verbunden" sind (im Einzelnen nennt er kirchliche und weltliche Hoheitsrechte und Grundlasten, und schließt namentlich „Rechte des persönlichen Zustandes und Obligationen" aus), in der Theorie überwiegenden Eingang gefunden, und nur Einzelne gehen über Savigny hinaus. S. die Citate bei Bruns S. 421, Randa S. 252 Note 34. Ueber und gegen die Ansicht Dunker's (Zeitschr. f. deutsch. R. II S. 28 fg.), daß Besitz nur bei solchen Rechten anzuerkennen sei, bei welchen im älteren deutschen Recht eine Gewere stattgefunden habe, s. Bruns S. 421 und an den das. Note 5 citirten Stellen, Randa S. 248—250. Im Allgemeinen vgl. über das bisher Gesagte noch Randa §. 24. Die gegenwärtige Praxis ist hier, wie überall, schwer zu constatiren; nur das steht fest, daß der Besitz an Grundlasten allgemein anerkannt wird. Seuff. Arch. V. 173, VII. 42. 43, VIII. 14, XII. 241, XIV. 8, XV. 149, XVI. 5. 174. 175, XVII. 46; s. auch I. 183. 317. Die Zulässigkeit des Besitzesschutzes an reinen (nicht dinglich radicirten) Obligationen leugnen die Urtheile bei Seuff. Arch. I. 183 und 223 (OAG. zu Stuttgart, vgl. Bruns §. 422 Note 1); dagegen schützen den Besitz von Staats= und Kirchendienern (nicht Privatdienern) an ihren Besoldungen die Urtheile I. 61 und III. 99 (OAG. zu Cassel, — das letztere Urtheil mit Berufung darauf, daß jenen Personen ein quasidingliches Recht am Staats= und Kirchenvermögen zustehe), XIII. 32 (OAG. zu Darmstadt, — Staats= und andere öffentliche, selbst standesherrliche Diener). Noch weiter gehen die Urtheile IX. 126, XIII. 32 (OAG. zu Darmstadt), VII. 269 (OAG. zu Jena), XVI. 5 (OAG. zu Dresden), welche Besitzesschutz resp. Ersitzung bei allen Forderungsrechten annehmen, welche auf sich wiederholende Leistungen von juristischen Personen (Corporationen) oder dauernden Personenclassen gehen (die Bruns'sche Idee, s. Note 4). Den Besitz der Mutter am Kinde schützt das OAG. zu Cassel (Bruns S. 422 Note 3), den Besitz am Präsentationsrecht das OAG. zu Jena (Seuff. Arch. VIII. 232), dasselbe den Besitz an dem Rechte, allein einen Gasthof zu haben (Seuff. Arch. XVI. 168), das OAG. zu Celle den Besitz an dem Rechte, „als Reihestellbesitzer an allen ein bestimmtes Kohlenbergwerk betreffenden Versammlungen, Berathungen und Beschlüssen der Gemeinde, so wie an den Aufkünften des fraglichen Kohlenbergwerks ... Theil zu nehmen (Seuff. Arch. XV. 27). Dagegen hat das frühere OAG. zu Zerbst possessorischen Schutz des Rechtes, „um Lohn zu kochen, zu backen, und sogenannte Aschkuchen zu backen" verweigert (Seuff. Arch. I. 317).

den[6], nur daß körperliche Störung des Besitzes nicht erforderlich ist[7]. [8]

2. Handeln gegen fremden Willen*.

§. 465.

Handeln gegen fremden Willen erzeugt unter Umständen selbst dann Verpflichtungen, wenn dadurch kein fremder Besitz verletzt wird[1].

1. Die Handlung muß eine Handlung sein, durch welche

---

[6] Die Decretalen (Bruns S. 205—207) gewähren das interdictum uti possidetis und eine Klage nach Analogie des interdictum unde vi. Die spätere Theorie und Praxis hat von jeher sowohl beide römische Rechtsmittel, als die Spolienklage und das Summariissimum für anwendbar erachtet. Bruns S. 243 fg. 279 fg. 384. 408.

[7] Bei obligatorischen Leistungen reicht bloße Verweigerung hin. So schon die Decretalen (Bruns S. 207 fg.), und constant die folgende Theorie und Praxis. Bruns S. 244. 280 fg. 384. 408. 409, vgl. auch S. 496 fg. Seuff. Arch. VII. 42, XII. 340, XIII. 32, XVI. 5, XVII. 46, XVIII. 250; entgegengesetzt ganz vereinzelt XII. 241. — Störung durch Dritte? Bruns S. 214 fg. 280. Seuff. Arch. XVI. 168.

[8] In Betreff des Erwerbes und Verlustes des Besitzes an Rechten (vgl. I §. 163) ist jetzt vor Allem zu vergleichen die genaue und gründliche Ausführung von Randa der Besitz nach österr. R. S. 269—384, bei Weitem das Eingehendste, was bisher über diese Materie geschrieben worden ist.

* Dig. 43. 24. quod vi aut clam. — Die ausführlichste Bearbeitung dieser Lehre ist die von Stölzel: die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam S. 341—522. 556—594 (1865). S. außerdem: G. Hasse Rhein. Mus. IV. 1. (1830). Francke Arch. f. civ. Pr. XXII. 14 (1839). Schmidt (von Schwerin) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I. 7 (1845). Schäffer Arch. f. prakt. RW. I S. 2 fg., II S. 16 fg. (1852. 1853). Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXVII S. 230 fg. (1854) und XLI. 7 (1858). Hesse die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 265—268, II S. 62—79 (1859. 1861). v. Duhn Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 3 (1865). Karlowa Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses S. 89—100 (1865). Hesse das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an Grundstücken S. 1—91 (1866). Baron Rec. der Schrift von Stölzel, kr. VJSchr. VII S. 489—511 (1865, aber später ausgegeben, als die Schrift von Hesse). Unterholzner II S. 179—186, Sintenis II S. 745—750, Vangerow III §. 677 Anm.

[1] L. 16. pr. D. h. t. „Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest". §. 465.

auf ein Grundstück, oder einen Bestandtheil eines Grundstücks, eingewirkt wird[2].

2. Die Handlung muß entweder in Widerspruch mit einem von der Gegenseite eingelegten Verbot erfolgt sein[3], oder es muß der Handelnde in anderer Weise gewußt haben, daß ihm das Recht zur Handlung bestritten werde[4]. Dem Wissen von

---

[2] Opus in solo factum. L. 1 §. 4 l. 7 §. 5 D. h. t. Im Einzelnen wird in den Quellen genannt: Graben, l. 7 §. 8 l. 9 §. 3 l. 22 §. 1 D. h. t.; Pflügen, l. 9 §. 3 l. 22 §. 1 D. h. t.; Steine werfen, l. 15 §. 1 D. h. t.; Erde auffarren, l. 15 §. 2 D. h. t.; zu starkes Düngen, l. 7 §. 6 D. h. t.; Verunreinigen eines Brunnens, l. 11 pr. D. h. t.; Abschneiden und Beschädigen von Bäumen und Pflanzen, l. 7 §. 5 l. 9 §. 3 l. 11 §. 3 l. 13 pr. §. 3. 4. 7 D. h. t., l. 11 D. arb. furt. caes. 47. 7 (Arch. f. prakt. RW. VI S. 225 fg.); Herüberziehen von Pflanzen, l. 22 pr. D. h. t.; Errichten eines Gebäudes, l. 7 §. 2 D. h. t. in Verbindung mit l. 1 §. 11 D. de O. N. N. 39. 1, l. 11 §. 5 D. h. t.; Abbrechen eines Gebäudes, l. 7 §. 9. D. h. t.; Abdecken eines solchen, l. 7 §. 10 l. 8 l. 9 pr. D. h. t.; Wegnahme von Statuen, l. 9 §. 2 l. 11 §. 1. 2. D. h. t., l. 2 D. de sep. viol. 47. 12; Anbringen eines Anschlags an dem Gebäude eines Andern, l. 22 §. 2 D. h. t. (Stölzel S. 407 fg., Baron S. 468 Note *); Anbringen eines Vordachs oder einer Wasserabfalleinrichtung über dem Grundstück eines Andern, l. 22 §. 4 D. h. t. Dagegen soll das interdictum q. v. a. cl. nicht begründet werden durch: Gehen über ein Grundstück, l. 22 §. 3 D. h. t.; Auseinanderwerfen oder Anzünden eines auf dem Grundstücke liegenden Haufens, l. 9 §. 3 l. 10 D. h. t.; Wegnahme oder Beschädigung von Früchten, l. 7 §. 5 D. h. t.; Wegnahme von Schlössern, Schlüsseln, Gittern, Fensterscheiben, l. 9 §. 1 D. h. t. S. noch l. 20 §. 4 D. h. t. „Quod in navi fit, vel in alia qualibet re vel amplissima, mobili tamen, non continetur hoc interdicto".

[3] Eine solche Handlung ist nach römischer Redeweise ein vi factum (I §. 159 Note 4, §. 160 Note 5). L. 1 §. 5 D. h. t. „Vi factum videri, Q. Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit". Auf die Art und Weise der Einlegung des Verbots kommt nichts an, l. 20 §. 1 l. 1 §. 7 D. h. t. Die Einlegung kann auch durch eine symbolische Handlung erfolgen, wo eine solche allgemein verstanden wird (bei den Römern durch einen „iactus lapilli", l. 1 §. 6 l. 20 §. 1 D. h. t., l. 6 §. 1 D. si serv. 8. 5, l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39. 1; vgl. Stölzel S. 345—355, Hesse Einspruchsrecht S. 15. 16). Verbot durch Andere: l. 3 pr. l. 17 D. h. t., l. 17 D. de O. N. N. 39. 1. S. noch l. 1 §. 8 l. 20 pr. D. h. t.; l. 1 §. 10. 11 l. 2 D. h. t.; l. 1 §. 9 l. 3 §. 1. 2. 3 l. 20 §. 2 D. h. t.; l. 20 §. 3 D. h. t., l. 13 §. 5 i. f. l. 11 §. 9 eod. (Vangerow S. 560).

[4] Eine solche Handlung bezeichnen die Quellen als clam factum. Das clam factum setzt ebenso wenig eine besondere Veranstaltung zum Zweck der Verheimlichung voraus, wie das vi factum Gewalt. Wer weiß, daß ihm das

der Bestreitung steht gleich, daß der Handelnde von der Bestreitung hätte wissen sollen [5].

3. Die Bestreitung muß eine an und für sich begründete gewesen sein. Auf eine an und für sich nicht begründete Bestreitung braucht nicht gehört zu werden [6]. Dagegen darf eine

---

Recht zu der Handlung, welche er vornehmen will, bestritten wird, soll sie nicht vornehmen, ohne dem Gegner davon Anzeige zu machen; unterläßt er die Anzeige, so handelt er eben deßwegen clam. L. 3 §. 7— l. 5 §. 7 l. 11 §. 11 l. 18 §. 1 l. 21 §. 1 l. 22 §. 5 D. h. t., l. 73 §. 2 D. de R. I. 50. 17. Seuff. Arch. IX. 292; s. auch V. 25.

[5] L. 3 §. 7. 8 l. 4 D. h. t., l. 43 i. f. D. ad leg. Aq. 9. 2. L. 4 cit.: — „ne melioris conditionis sint stulti, quam periti".

[6] Mit anderen Worten: wer mit dem interdictum q. v. a. cl. belangt wird, kann von dem Gegner den Nachweis eines Rechtsverhältnisses verlangen, aus welchem sich in Ermangelung besonderer Gegengründe die Ungerechtfertigtheit der vorgenommenen Handlung ergibt. Von welcher Art dieses Rechtsverhältniß sei, ist gleichgültig. Es kann Eigenthumsrecht sein (s. z. B. l. 11 §. 14 l. 12 D. h. t. [Miteigenthum, l. 13 §. 3 D. h. t.]), oder ein sonstiges dingliches Recht (z. B. Nießbrauch oder Grunddienstbarkeit gegenüber dem Eigenthumsrecht, l. 13 pr. D. h. t., l. 6 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 6 §. 1 D. si serv. 8. 5, l. 21 D. de aq. pl. 39. 3), oder ein obligatorisches Recht (z. B. Pachtrecht gegenüber dem Eigenthumsrecht, l. 12 in Verbindung mit l. 13 pr. D. h. t.). Ferner kann das interdictum q. v. a. cl. auf eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung (l. 4 §. 2. 3 l. 5 l. 13 l. 14 pr. D. de aq. pl. 39. 3), oder auf die Vorschriften über die Benützung öffentlicher Sachen (nach römischem Recht ist hinzuzufügen: von res sacrae und religiosae, l. 20 §. 5 l. 7 §. 8 l. 11 §. 1. 2 l. 13 §. 5 l. 15 §. 2 l. 22 §. 4 D. h. t.), oder auf die Verpflichtung des Beklagten, cautio damni infecti zu leisten (l. 3 §. 6 D. h. t., vgl. l. 13 §. 10 D. de damn. inf. 39. 2) gegründet werden. — Das hier Gesagte wird von der herrschenden Meinung nicht anerkannt; vgl. darüber das Nähere in Note 18. Der Beweis für das Gesagte liegt zum Theil schon in dem, was die Quellen über die Nothwendigkeit des Vorhandenseins eines Interesse in der Person des Klägers sagen (Note 11). Zum Nachweis dieses Interesse ist regelmäßig der Nachweis eines Rechtsverhältnisses erforderlich (Note 12), und aus diesem Rechtsverhältniß wird sich in vielen Fällen sofort ergeben, daß die Handlung des Beklagten eine an und für sich unberechtigte ist. Allerdings nicht immer; und namentlich ergibt sich aus dem Eigenthumsrecht nicht, daß die auf einem fremden Grundstück vorgenommene Handlung eine ungerechtfertigte ist. Aber gerade für diesen Fall ergibt einen entscheidenden Beweis l. 21 D. de aq. pl. 39. 3, auf welche zuerst aufmerksam gemacht zu haben, Stölzel's Verdienst ist. „Si in meo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris, et ob id desierit aqua ad me pervenire, tu non videris vi fecisse, *si nulla servitu*

an für sich begründete Bestreitung selbst dann nicht mißachtet werden, wenn dem Handelnden ein Gegenrecht zusteht, welches sie überwindet[7]. Der Handelnde muß mit der Handlung einhalten, bis entweder sein Gegenrecht klagend dargethan, oder bis er dem Gegner zur Sicherheit der von diesem zu erhebenden Klage Bürgschaft geleistet hat[8].

4. Fährt der Handelnde mit der Handlung fort, ohne Eines von Beiden gethan zu haben, so ist er, ohne sich auf sein Gegenrecht berufen zu dürfen[9], verpflichtet, den früheren Zustand wiederher-

---

mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris". Weniger beweisend sind l. 15 D. de S. P. U. 8. 2 (wo der Ausdruck „prohiberi potest, si servitus debeatur" möglicherweise auch auf die Verhinderung durch Anstellung der actio negatoria gedeutet werden kann, vgl. l. 6 §. 1 D. si serv. 8. 5) und l. 9 D. eod. (welche Stelle, ohne unrichtig zu sprechen, das interdictum q. v. a. cl. unbeachtet lassen durfte). Aber mit Recht macht Stölzel auch darauf aufmerksam, daß es bei dem interdictum q. v. a. cl., im Gegensatz zur operis novi nuntiatio (§. 466 Note 9. 15), weder remissorischen Prozeß noch Gefährdeeid gibt. Endlich aber wird allein durch den hier vorgetragenen Satz das interdictum q. v. a. cl. erst verständlich; abgesehen von diesem Satz ist dasselbe ein so exorbitantes Rechtsmittel, daß es geradezu als Räthsel erscheint (vgl. Note 18). Gegen das hier Gelehrte hat man namentlich die Worte des Edicts (l. 1 pr. D. h. t.) angeführt (Schmidt S. 356, Vangerow S. 563), nach welchen für das Interdict weiter nichts nothwendig sei, als die Thatsache des vi oder clam factum. Aber darauf hat schon Stölzel (S. 494) geantwortet, daß, wenn man annehmen wollte, in diesen Worten seien die Erfordernisse des Interdicts erschöpfend angeführt, auch kein Interesse in der Person des Klägers erfordert werden dürfe.

[7] Z. B. er hat dem Eigenthumsrecht oder dem gesetzlichen Eigenthumsrecht gegenüber eine Servitut oder eine obligatorische Gestattung, der Servitut gegenüber obligatorische Gestattung.

[8] L. 3 §. 5 D. h. t. Stölzel S. 459 fg. versteht die in dieser Stelle erwähnte cautio von einer cautio iudicio sisti, ebenso Hesse Einspruchsrecht S. 17 fg. Aber es heißt ja: „si modo satis offerat, *et* defendere paratus est, si quis agat." Vgl. noch Hesse S. 14—19.

[9] In diesem Sinne heißt es in l. 1 §. 2 D. h. t. „Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, an non. Sive enim ius habuit, sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: tueri enim ius suum debuit, non iniuriam comminisci". Ebenso l. 1 §. 3 D. h. t. Es hilft dem Beklagten nicht sein *ius faciendi*; aber auch Seiten des Klägers muß ein *ius prohibendi* (in eigener Person, oder der Person eines Dritten, z. B. des Verpächters, s. Note 12 g. E.) vorhanden sein. — Nur in Einem Fall darf der Beklagte sich auf sein ius faciendi allerdings berufen; es ist dieß der Fall,

zustellen und vollen Schadenersatz zu leisten[10]. Der Anspruch darauf, setzt in der Person des Klägers ein durch die Handlung

---

wo das ius faciendi rechtskräftig feststeht. In diesem Falle hat der Beklagte bereits dasjenige gethan, auf dessen Unterlassung der Vorwurf formalen Unrechts gegen ihn gegründet wird, — dem Gegner gegenüber sein Recht erstritten. Francke S. 368 fügt den Fall hinzu, wo der Kläger das ius faciendi des Beklagten anerkenne. Gewiß ist in diesem Falle das interdictum q. v. a. cl. nicht begründet. Aber ebenso gewiß ist richtig, und dieß ist ohne Zweifel auch die Meinung Francke's, daß der Kläger zu einer Erklärung darüber, ob er das ius faciendi anerkenne, oder nicht, nicht genöthigt werden kann. — Wie ist es aber, wenn der Beklagte dem interdictum q. v. a. cl. gegenüber geltend macht, daß er im Besitze des ius faciendi sei? Hätten wir bloß die oben mitgetheilten Stellen, so müßten wir ohne Zweifel sagen, daß der mit dem interdictum q. v. a. cl. Belangte den Kläger ebenso wenig nöthigen könne, sich auf einen Besitzesstreit einzulassen, wie auf einen Streit über das Recht, und dieß ist denn auch die Meinung Francke's S. 369. Aber zu dem entgegengesetzten Resultat führt l. 3 §. 8. D. de rivis 43. 21. In dieser Stelle ist zwar nur von der operis novi nuntiatio die Rede; aber der Schluß von derselben auf das interdictum q. v. a. cl. ist nicht abzuweisen, und nichts verräth, daß, wie Francke a. a. O. behauptet, diese Stelle von einem rechtskräftig feststehenden oder anerkannten Besitz handele, s. auch Stölzel S. 491. Seuff. Arch. IX. 157. Aus dem Gesagten folgt aber nicht, daß, wie Stölzel (S. 415 fg.) und Zimmermann (XXXVII S. 231 fg., XLI S. 185 fg.) annehmen, auch der Besitzer eines Grundstücks durch den Nachweis seines Besitzes sich dem interdictum q. a. v. cl. des Eigenthümers, d. h. des sein Eigenthum nachweisenden Klägers, entziehen könne. Hier handelt es sich nicht um den Besitz eines Gegenrechtes gegenüber dem vom Kläger geltend gemachten Rechte, sondern um den Besitz gerade desjenigen Rechts, welches auch der Kläger geltend macht, und von welchem derselbe nachgewiesen hat, daß es ihm, und folglich nicht dem Beklagten, zustehe, — und man kann sich nicht einer auf das Recht gestützten Rechtsverfolgung gegenüber mit der Berufung auf den Besitz vertheidigen. Was die genannten Schriftsteller an Beweisen für ihre Behauptung beibringen, hat m. E. keine Bedeutung. Vgl. auch Hesse Einspruchsrecht S. 59 fg.

10 L. 15 §. 7 D. h. t. „Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum esse. Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem iudicandum est, ut in omni causa eadem conditio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset". L. 11 §. 4. 8 l. 15 §. 8—12 l. 16 §. 1. 2 l. 21 pr. §. 3 D. h. t.; l. 7 §. 7 l. 18 l. 22 §. 3 D. h. t. Zu l. 15 §. 9 cit. vgl. I §. 133 Note 15. Haftung Mehrerer: l. 15 §. 2 l. 6 l. 13 §. 7 D. h. t. Ribbentrop Correalobl. S. 95 fg., Schmidt Interdictenverfahren S. 200 fg. (§. 298 Note 15).

verletztes Interesse voraus [11], aber nicht nothwendig, daß dieses Interesse von vermögensrechtlicher Art sei [12]. Gegen dritte Besitzer des Grundstücks geht der Anspruch insoweit, daß von denselben Gestattung der Wiederherstellung des früheren Zustandes auf eigene Kosten des Interessirten verlangt werden kann [13].

4. Der Anspruch verjährt in Einem Jahr [14]. Auf die Erben geht er nach den für die Delictsansprüche überhaupt geltenden Grundsätzen über [15]. Er fällt weg, wenn unter obrigkeitlicher Ermächtigung [16], oder nur zum Zweck der Beseitigung Desjenigen

---

[11] L. 11 §. 14 D. h. t. „Idem Iulianus scribit, interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest, opus factum non esse, competere". L. 16 pr. eod.

[12] So kann klagen wegen Wegnahme einer Statue derjenige, dem zu Ehren die Statue aufgestellt worden ist, l. 11 §. 2 D. h. t. S. auch l. 16 §. 1 D. h. t. — Ist das Interesse, wie regelmäßig, ein Vermögensinteresse, so setzt der Nachweis desselben den Nachweis eines Rechtsverhältnisses in der Person des Klägers voraus, aus welchem hervorgeht, daß gerade sein Vermögen von dem angerichteten Schaden betroffen worden ist. Die Quellen nennen: Eigenthumsrecht, l. 11 §. 14 l. 12 l. 13 §. 3. 5 l. 16 §. 1 l. 17 l. 22 pr. D. h. t., l. 13 §. 2 D. de usufr. 7. 1, l. 27 §. 14 D. ad leg. Aq. 9. 2; Nießbrauch, l. 12 l. 16 §. 1 D. h. t., l. 5 §. 3 l. 6 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 22 pr. D. de aq. pl. 39. 3; Grunddienstbarkeit, l. 15 D. de S. P. U. 8. 2, l. 6 §. 1 D. si serv. 8. 5, l. 21 D. de aq. pl. 39. 3; Pachtrecht oder sonstiges obligatorisches Nutzungsrecht, l. 11 §. 12 l. 12 l. 19. l. 13 §. 4 D. h. t. Nicht aber steht das int. q. v. a. cl. demjenigen zu, welcher ein bloßes Forderungsrecht auf Leistung der Sache hat, und daher nicht dem Käufer als solchem, wenn ihm nicht provisorisch der Besitz eingeräumt ist, l. 11 §. 9—13 D. h. t., vgl. l. 14 pr. §. 1 l. 80 pr. l. 66 §. 5 l. 85 D. de furt 47. 2 (§. 453 Note 14) und Hesse S. 27 fg., Stölzel S. 392 fg., Baron S. 497 fg.

[13] L. 7 pr. §. 1 l. 11 §. 6 l. 14 l. 15 pr. §. 1 l. 16 §. 2 D. h. t.

[14] Annus utilis. L. 1 pr. l. 15 §. 3—6 l. 22 pr. D. h. t. Ueber l. 1 pr. cit. s. Schmidt Interdictenverfahren S. 102. 103, Stölzel S. 355—378, und gegen Letzteren Schmidt krit. VJSchr. VII S. 289 Note *.

[15] S. §. 359 Nr. 2. Römisches Recht: l. 15 §. 3 D. h. t. Den Uebergang auf die Erben des Klägers bestreitet Savigny Syst. II S. 125 fg., mit Rücksicht auf l. 13 §. 1 D. h. t., l. 9 D. de O. et A. 44. 7. S. dagegen Schmidt Interdictenverfahren S. 139, Vangerow I S. 215.

[16] L. 7 §. 4 l. 3 §. 4 D. h. t., l. 7 §. 2 eod.

gehandelt worden ist, was der Gegner mit gleicher formaler Widerrechtlichkeit gethan hat[17]. [18]

---

[17] L. 7 § 3 l. 22 §. 2 D. h. t. Jedoch soll nach der zuerst genannten Stelle die Berufung auf die gleiche Widerrechtlichkeit des Klägers nur „ex magna et satis necessaria causa“ gestattet werden, und der Richter im einzelnen Fall nach seinem Ermessen zu entscheiden haben. v. Duhn a. a. O. nimmt an, die genannte Stelle setze den Fall voraus, daß der Beklagte ein auf dem Eigenthum des Klägers errichtetes Werk zerstört habe.

[18] Am Schlusse der hier gegebenen Darstellung ist noch näher auszuführen, was in Note 6 über die herrschende Auffassung des interdictum q. v. a. cl. gesagt worden ist. Die herrschende Auffassung (s. Francke S. 350, aber auch Stölzel S. 479 fg.) verlangt für das interdictum q. v. a. cl. nicht, daß die Bestreitung der vorzunehmenden Handlung eine an und für sich begründete gewesen sei, sondern gesteht einer jeden Bestreitung, vorausgesetzt nur daß sie von einem Interessirten ausgeht, die Kraft zu, den Unternehmer zu nöthigen, sich die Befugniß zu dem, was er vornehmen will, erst durch Klage zu erstreiten, oder, wenn er das nicht will, Bürgschaft zu stellen. Dieß erscheint erträglich, wenn Jemand auf fremdem Grund und Boden, unerträglich, wenn er auf eigenem etwas thut. Man hat daher verschiedene Wege eingeschlagen, um diesen Satz dem Verständniß näher zu rücken. Zimmermann a. a. O. hat (unter Zustimmung von Hesse und Holzschuher III S. 1075) die Behauptung aufgestellt, ursprünglich habe nicht jedes Verbot respectirt zu werden brauchen, sondern nur ein solches, welches ergangen sei, nachdem der Unternehmer seinem Nachbarn die vorzunehmende Handlung angezeigt, und dadurch dessen mögliches Interesse anerkannt habe; erst später sei das Interdict auf den Fall des Verbots ohne Anzeige ausgedehnt worden. Aber die hier behauptete ursprüngliche Beschränkung ist vollkommen unbewiesen; und warum hat man sie denn später wieder fallen lassen? Schmidt, welchem Vangerow, Sintenis, Arndts §. 329 Anm. 3 und Rudorff zu Puchta §. 386. q in der 9. Aufl. (anders in der 10.) gefolgt sind (gegen ihn Karlowa S. 95 fg.), lehrt: der Unternehmer werde allerdings durch die Bestreitung zur Klage genöthigt; aber in dieser Klage brauche er nicht nothwendigerweise sein Recht auszuführen, es genüge, wenn er seinen Besitz darthue. Aber so bleibt immerhin übrig, daß mein Nachbar durch ein vielleicht vollkommen frivoles Verbot mich zur Erhebung eines Prozesses nöthigen kann. Deßwegen behaupten denn auch Schmidt und Sintenis frischweg, das interdictum q. v. a. cl. sei bei uns nicht recipirt, weil — kein Mittel ausgebildet sei, um den Besitzer gegen ein Verbot dritter Unberechtigter zu schützen! Die heutige Unanwendbarkeit behauptet auch Hesse (Rechtsverhältnisse II S. 77, Einspruchsrecht S. 88); über dessen Auffassung im Uebrigen s. in dieser Note unten. — Das m. E. Richtige, wie es oben dargestellt worden ist, hat in seinen Grundzügen zuerst Francke entwickelt, und Stölzel näher ausgeführt; übereinstimmend auch Karlowa S. 90 fg. (dessen Berichtigung S. 91 Francke nicht trifft). Es

kann mich eben nicht Jeder zum Prozeß nöthigen, sondern nur derjenige, welcher ein Recht hat, welches ich durch ein Gegenrecht erst überwinden muß. Namentlich wenn ich auf meinem Grund und Boden, oder auf Grund und Boden, von welchem ich behaupte, daß er der meinige sei, etwas thue, kann ich das Verbot eines Jeden mißachten, der mir nicht darthun kann, daß nicht ich, sondern er der Eigenthümer sei, oder daß er auch als Nichteigenthümer ein Verbietungsrecht habe. Stölzel hat aber der Auffassung Francke's, gegen welche er in unbegründeter Weise polemisirt, eine m. E. unrichtige Beimischung gegeben, indem er nämlich einerseits das int. q. v. a. cl. auch dem Besitzer (folglich diesem auch die Befugniß der Note 13), so wie dem obligatorisch zur Detention Berechtigten kraft eigenen Rechtes (Gegensatz: kraft des Rechtes des Verpächters 2c.) gibt, andrerseits behauptet, daß der Besitzer als solcher gegen das Verbot geschützt sei (s. Note 9), von welchem Ausgangspunkte er zu dem Resultat gelangt, daß das int. q. v. a. cl. dem Besitzer gegenüber auch nicht durch den Nachweis einer zum Verbot berechtigenden Servitut begründet werden könne, wenn nicht zugleich Besitz der Servitut dargethan werde (s. freilich auch Baron S. 503). Stölzel beruft sich natürlich auf l. 6 §. 1 D. si serv. 8. 5 (S. 442 fg.), in welcher Stelle aber nach meiner Ansicht „possessor“ nur denjenigen bezeichnet, dessen Rechtsbehauptung der factische Zustand entspricht, gleichgültig ob kraft seines Willens oder nicht. Vgl. über diese Stelle Savigny Besitz §. 46 Note 5 (dessen Auffassung I §. 163 Note 4 festgehalten worden ist), Randa der Besitz nach österr. R. §. 28 Note 4. Gegen den Vorzug des Besitzers s. auch Baron a. a. O., welcher im Uebrigen zu den gleichen Resultaten gelangt, wie Stölzel; gegen Stölzel überhaupt Hesse Einspruchsrecht S. 53 fg., welcher selbst für das interd. q. v. a. cl. „ein Sachenrecht oder ein sonst zustehendes Recht auf den Gebrauch und die Benutzung eines Grundstücks“, für dieses Recht aber nur Bescheinigung verlangt. — Eine große Rolle hat in der Frage über die Erfordernisse des int. q. v. a. cl. die l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39. 1 gespielt, welche von den verschiedenen Schriftstellern in der verschiedensten Weise ausgelegt worden ist; s. Hasse S. 42 fg., Francke S. 380 fg., Schmidt S. 373 fg., Vangerow S. 563. 564, Karlowa S. 94. 95 und S. 97 Anm. 65, Baron S. 412. Nimmt man diese Stelle, wie sie jetzt in unseren Ausgaben lautet, beim Worte, so sagt sie, daß das int. q. v. a. cl. gegen den Eigenthümer nicht zulässig sei, und das ist entschieden falsch (l. 13 pr. §. 6. 7 D. h. t., l. 6 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 6 §. 1 D. si serv. 8. 5, l. 21 D. de aq. pl. 39. 3). Nach meiner Meinung sind die Worte „id est lapilli ictum“ Glossem, und die Stelle spricht in ihrem ersten Theil gar nicht von dem int. q. v. a. cl., sondern von Selbstvertheidigung („per manum“) und dem int. uti possidetis („per praetorem“). Diese Hülfsmittel seien, sagt sie, ausgeschlossen, wenn ein Anderer auf seinem Besitzthum etwas thue: dann müsse man zur operis novi nunt. greifen, — wobei diese allein genannt wird, nicht weil das int. q. v. a. cl. ausgeschlossen werden soll, sondern weil der Tractat, welchem die Stelle angehört, überhaupt nur von der op. novi nunt. handelt. Will aber Jemand, fügt die Stelle hinzu, nicht von seinem Besitz-

3. Handeln gegen Einspruch. *

§. 466.

Besondere Grundsätze gelten für den Fall, wo Einspruch gegen eine Bauthätigkeit erhoben wird [1], mag dieselbe in Errichtung oder Niederreißung eines Gebäudes bestehen [2].

thum ein erst zu errichtendes Werk abhalten, sondern aus seinem Besitzthum ein errichtetes entfernen („facere perseverat" — der Gegner hat also schon etwas gethan), so hilft ihm natürlich weder Selbstvertheidigung, noch op. novi nunt., sondern er muß dann zu dem int. q. v. a. cl. oder dem int. uti possidetis greifen. — Ueber die Praxis, welche sehr verschiedene Standpunkte vertritt, s. die Urtheile bei Seuff. Arch. VIII. 51, IX. 292, XII. 160, XV. 28; VII. 45; XVI. 223; XVII. 245, — so wie die Mittheilungen und Nachweisungen bei Zimmermann XXXVII S. 238 fg., XLI S. 189 fg., Stölzel S. 459 fg., Hesse Einspruchsrecht S. 87 fg.

* Dig. 39. 1 de operis novi nuntiatione. Cod. 8. 11 de novi operis nuntiatione. — Die ausführlichste Darstellung dieser Lehre gibt die im vorigen §. bei * citirte Schrift von Stölzel S. 15 fg. (1865). S. ferner: Kaemmerer de operis novi nunciatione (1807). Reinhardt ausführliche Erläuterung des Pandektentitels de novi operis nuntiatione (1820). G. Hasse über die operis novi nuntiatio, Rhein. Mus. III S. 579—631 (1829). Wiederhold das interdictum uti possidetis und die Novi operis Nunciatio S. 65 fg. (1831). Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII. 2 (1851). Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXVII S. 218 fg. (1854). Rudorff Jahrb. d. gem. R. IV. 3 (1860). Schmidt (von Ilmenau) das. IV. 7 (1860). Hesse die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II S. 79—102 (1861). Schmidt (von Ilmenau) über die oben genannte Schrift von Stölzel, krit. VJSchr. VII S. 287—304 (1865). Karlowa Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses S 59—89 (1865). Hesse das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an Grundstücken S. 92—166 (1866). Baron Rec. der Schrift von Stölzel, kr. VJSchr. VII S. 483—489. 511—530 (1865, vgl. §. 465 bei * a. E.). Unterholzner II S. 169—179, Sintenis II S. 750—754, Vangerow III §. 676 Anm., Holzschuher III §. 319. §. 466.

1 Die technische Bezeichnung des römischen Rechts für den Einspruch gegen eine Bauthätigkeit ist: operis novi nuntiatio. Die Grundsätze über die operis novi nuntiatio sind ein Stück des römischen Stadtrechts; das interdictum quod vi aut clam ist ein Stück des römischen Reichsrechts. Jene haben ihre Ausbildung ohne Zweifel durch das Edict des praetor urbanus erhalten; das interdictum quod vi aut clam gehört dem Edict des praetor peregrinus an. Vgl. übrigens über die Quellen der operis novi nuntiatio auch Stölzel S. 116. 117 und die daselbst Citirten, Schmidt VJSchr. S. 292.

2 L. 1 §. 11—14 D. h. t. Seuff. Arch. XV. 226; vgl. aber auch Stölzel S. 528.

1. Damit diese besonderen Grundsätze eintreten, ist näher erforderlich:

a) daß der Einspruch gegen die Unternehmung selbst, d. h. nicht an die Person des Unternehmers als solche, sondern an eine bei der Unternehmung gegenwärtige Person gerichtet werde[3];

b) daß der Einspruch gegründet werde entweder: α) auf die Freiheit des Eigenthums[4], oder eine negative Dienstbarkeit[5], oder

---

[3] L. 5 §. 1—4 l. 1 §. 5 l. 10. 11 D. h. t. Sonstige positive Vorschriften über die Art und Weise der Erhebung des Einspruchs gibt es nicht. Vgl. noch l. 1 §. 2. 4. 8 l. 5 §. 15. 16 l. 8 §. 1. 5 l. 16 l. 19 D. h. t.; l. 5 §. 6 l. 18 pr. D. h. t.; l. 1 §. 3 l. 5 §. 18 l. 13 pr. l. 5 §. 1 D. h. t. Stölzel S. 20—24 und die daselbst Citirten, Schmidt VJSchr. S. 293. 294. Seuff. Arch. V. 28. c. Ueber l. 5 §. 7 D. h. t. s. Vangerow S. 548.

[4] Die Freiheit des Eigenthums vertreten (mit der actio negatoria) kann aber außer dem Eigenthümer selbst (l. 1 §. 3 D. de remiss. 43. 25, l. 5 §. 8 D. h. t.) auch der redliche Erwerber (I §. 199 Note 3, Ihering Abhandl. S. 108), so wie der Emphyteuta, der Superficiar und der Pfandgläubiger (welchen utilis rei petitio zusteht, s. auch l. 3 §. 3 D. h. t. in Verbindung mit l. 2 pr. D. si serv. 8. 5, vgl. I §. 219 Note 11, I §. 223 Note 9, Ihering a. a. O. S. 124. 125; a. M. Stölzel S. 55—57). Der Miteigenthümer ist dem Miteigenthümer gegenüber zur operis novi nunt. nicht berechtigt, l. 3 §. 1. 2 D. h. t. Stölzel S. 59 fg., Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 67 fg.

[5] Die Quellen nennen die servitus non altius aedificandi und die servitus ne luminibus oder ne prospectui officiatur (l. 2 l. 5 pr. D. h. t., l. 15 D. de S. P. U. 8. 2), ferner die servitus oneris ferendi, l. 6 §. 7 D. si serv. 8. 5 (s. unten), und schließen ausdrücklich aus die servitus viae, l. 14 D. h. t. Der Gedanke, welcher der Beschränkung der operis novi nunt. auf die negativen Servituten zu Grunde liegt, ist dieser: sie soll zulässig sein nur auf Grund derjenigen Rechte, welche ein Verbietungsrecht unmittelbar enthalten, nicht erst durch einen Schluß ergeben, oder, in der Sprache des classischen Rechts ausgedrückt, aus welchen man die Formel begehren kann: ius adversario non esse . . invito me, oder: ius mihi esse prohibendi adversarium (vgl. l. 1 pr. D. de remiss. 43. 25, l. 1 §. 4 eod., l. 2 l. 21 pr. D. h. t.). Was die servitus oneris ferendi angeht, s. l. 6 §. 7 si serv. cit.: „Parietem autem meliorem, quam in servitute impositum est, facere licet, deteriorem si facit, aut *per hanc actionem* aut per operis novi nuntiationem *prohibetur*". Vgl. Stölzel S. 24, und über die verschiedenen Meinungen die das. und S. 527 Citirten, auch Vangerow S. 545. 546, Holzschuher III §. 319 Nr. 2; neuestens noch Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 77 fg. und Einspruchsrecht S. 115 fg. — Auch die Servitut kann, wie die Freiheit des Eigenthums,

eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung, deren unmittelbarer Inhalt ein Nichtthun des Eigenthümers ist[6]; oder β) auf die gesetzlichen Vorschriften über die Benutzung öffentlicher Sachen[7]; oder γ) auf die Verpflichtung des Gegners, Sicherheit für befürchteten Schaden zu leisten[8].

2. Sind diese Erfordernisse erfüllt, so darf:

a) der Einspruch selbst dann nicht mißachtet werden, wenn der Unternehmer sich demselben gegenüber nicht auf ein Gegenrecht beruft, sondern ihn als an und für sich unbegründet bestreitet. Vielmehr muß der Unternehmer auch in diesem Falle mit seiner Thätigkeit so lange innehalten, bis er richterliche Aufhebung des Einspruches[8a] erwirkt hat. Dieselbe wird ihm ertheilt: 1) wenn der Einsprechende nicht binnen einer vom Richter zu bestimmenden kurzen Frist den Prozeß auf Anerkennung seines

---

nicht bloß von dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks geltend gemacht werden. Deßwegen sind auf Grund einer negativen Servitut zur operis novi nunt. ferner berechtigt: der redliche Erwerber (I §. 217 Note 7), der Emphyteuta und der Superficiar (l. 3 §. 3 D. h. t., l. 16 D. de serv. 8. 1), der Pfandgläubiger (l. 9 D. h. t., l. 1 §. 5 D. de remiss. 43. 25, l. 16 D. de serv. 8. 1.). In Betreff des Nießbrauchers stritten die römischen Juristen darüber, ob derselbe die dem Nießbrauchsgrundstück zustehenden Servituten als solche klagend verfolgen könne, oder ob er Schutz in diesen Servituten nur auf dem Wege der vindicatio ususfructus erlangen könne, l. 1 pr. l. 5 §. 1 D. si ususfr. 7. 6, l. 1 §. 20 l. 2 D. h. t., l. 1 §. 4 D. de remiss. 43. 25. Dieser Streit muß für die Compilation, nach der Art und Weise, wie in derselben l. 2 cit. eingeschoben worden ist, und nach der Art und Weise, wie l. 1 §. 4 cit. redet oder von den Compilatoren zugeschnitten worden ist, wenigstens was die operis novi nunt. angeht als dahin erledigt angesehen werden, daß allerdings auch der Nießbraucher auf Grund einer dem Nießbrauchsgrundstück zustehenden negativen Servitut zur operis novi nunt. berechtigt ist. Vgl. Stölzel S. 48; auch Ihering Abhandlungen S. 127.

6 L. 1 §. 17 D. h. t., l. 3 pr. D. de mort. inf. 11. 8.

7 L. 1 §. 16. 17 l. 5 §. 9 D. h. t. Für das römische Recht sind hinzuzufügen die res sacrae und religiosae. Ferner stand nach römischem Recht wegen Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen jedem Bürger die operis novi nunt. zu, nicht bloß dem dadurch Benachtheiligten, l. 3 §. 4 l. 4 l. 5 pr. vgl. mit l. 1 §. 19 D. h. t. Stölzel S. 136 fg.

8 L. 1 §. 16—18 D. h. t. Stölzel S. 118 fg.

8a Remissio nuntiationis. Dig. 43. 25 de remissionibus.

Einspruchsrechts erhebt[9]; 2) wenn der Einsprechende nicht den ihm auf Antrag des Unternehmers richterlich aufzuerlegenden

---

[9] Der Hauptfall der Remission; derselbe ist vorgesehen in der in l. 1 pr. tit. cit. enthaltenen Edictsstelle. „QUOD IUS SIT ILLI PROHIBERE, NE SE INVITO FIAT, IN EO NUNTIATIO TENEAT; CETERUM NUNTIATIONEM MISSAM FACIO“. Vgl. dazu l. 1 §. 2 D. eod., l. 1 pr. D. h. t. Die bezeichneten Worte sind das Formular für den Wiederaufhebungsausspruch, welchen der Praetor im gegebenen Fall auf einseitiges Begehren des Unternehmers nach Art eines Interdicts ertheilte (woraus sich die Stellung des Titels de remissionibus mitten unter Interdicten erklärt, — vgl. namentlich Schmidt Zeitschr. S. 42 fg., sodann Stölzel S. 174 fg., und wieder Schmidt VJSchr. S. 299). Aber so wenig derjenige, gegen welchen ein Interdict erlassen worden war, sich demselben ohne Weiteres zu fügen brauchte, so wenig brauchte sich der Unternehmer dem Remissionsausspruch ohne Weiteres zu fügen; vielmehr konnte Dieser, wie Jener, ein (durch sponsio und restipulatio vermitteltes) Iudicium über die Begründetheit des praetorischen Spruches begehren. Hierfür läßt sich zwar kein directes Quellenzeugniß beibringen; aber es scheint mir nach der Analogie des Interdictenverfahrens vollkommen sicher. Vgl. mit Gai. IV. 141 l. 1 §. 9 D. h. t. (in welcher Stelle die „praetoria iurisdictio“ nicht zur Annahme eines Verfahrens extra ordinem nöthigt). Der materielle Gehalt dieses iudicium war durch den Remissionsausspruch selbst vorgezeichnet; derselbe hatte sich ausdrücklich an das Bestehen eines ius prohibendi gebunden. Da er aber nicht gesagt hatte: ich hebe den Einspruch auf, wenn kein ius prohibendi besteht, sondern: ich hebe den Einspruch auf, und halte ihn nur für den Fall aufrecht, daß ein ius prohibendi besteht, so traf den Nuntianten die Beweislast. In diesem Sinne sagen die Quellen: „in operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus“ (l. 1 §. 6 l. 5 §. 10 D. h. t.; vgl. über die verschiedenen Auffassungen, welche dieser Satz erfahren hat, Wiederhold S. 91 fg., Hasse S. 613, Francke Arch. f. civ. Pr. XXII S. 376, Schmidt Zeitschr. S. 19. 30 fg., Rudorff S. 129, Stölzel S. 256 fg., Baron S. 484 fg.). Nach Justinianischem und heutigem Recht wird der dargestellte Rechtszustand dadurch wiedergegeben, daß der Richter auf Antrag des Unternehmers dem Einsprecher eine kurze Frist zur Anbringung einer Klage setzt, in welcher Letzterer ein den Einspruch rechtfertigendes Recht zu behaupten und zu beweisen hat. Vgl. Stölzel S. 534—536, Francke Arch. f. civ. Pr. XXII S. 379. — Uebrigens ist das hier Ausgeführte weit davon entfernt, allgemein anerkannt zu sein; vielmehr findet sich über die Bedeutung der Remission eine bunte Verschiedenheit der Ansichten. Vgl. die Nachweisungen bei Stölzel S. 271—291, Karlowa S. 65. 1) Im Wesentlichen stimmen mit dem hier Gesagten überein Hasse S. 615 fg., Francke Arch. f. civ. Pr. XXII S. 376 fg., Stölzel S. 166 fg. Wenn aber dieser letztere Schriftsteller (nach dem Vorgange von Wiederhold S. 111 fg.) hinzufügt, daß es dem Unternehmer verwehrt gewesen sei, in dem

Gefährdeeid ausschwört[10]; 3) im Fall, wo der Einspruch im Namen eines Andern erhoben wird, wenn nicht für die Geneh-

---

Remissionsprozeß gegenüber dem an und für sich begründeten Verbietungsrecht des Einsprechenden ein etwaiges Gegenrecht geltend zu machen, so ist dieß nicht haltbar. Jedenfalls durfte der Unternehmer der Berufung auf das Eigenthumsrecht gegenüber sich auf eine Servitut berufen, weil, diese vorausgesetzt, ein ius prohibendi auf Seiten des Eigenthümers eben nicht vorhanden war (Schmidt VJSchr. S. 294 fg., Karlowa S. 76. 77), und es ist nicht abzusehen, warum der Praetor die Einrückung einer exceptio zum Zweck der Geltendmachung einer obligatorischen Gestattung oder eines sonstigen Gegenrechts hätte verweigern sollen. Aus l. 8 §. 4 D. h. t., auf welche sich Stölzel beruft, geht allerdings hervor, daß nach ertheilter Remission möglicherweise das ius aedificandi noch in Frage stehen konnte; aber Remission wurde auch nicht bloß wegen materieller Unbegründetheit des Einspruchs ertheilt (Note 10. 11); und wie, wenn der Einsprechende sich dem Remissionsdecret gefügt hatte? 2) Andere lassen in dem Remissionsverfahren die Frage der materiellen Begründetheit des Einspruches nur provisorisch, auf Grund summarischer Cognition, entschieden werden, und behalten dem Unterliegenden ein künftiges Petitorium vor. S. die bei Stölzel S. 273. 274, Karlowa S. 65 Note 18 Genannten, ferner Hesse Einspruchsrecht S. 130 fg., vgl. dens. Rechtsverhältnisse ꝛc. S. 94. 3) Noch Andere schließen die Frage nach der materiellen Begründetheit des Einspruchsrechtes aus dem Remissionsverfahren ganz aus. Dabei finden sich noch verschiedene Auffassungen, welche aber zum Theil mit einander combinirt werden. a) Die Remission werde ertheilt wegen formaler Mängel des Einspruchs oder wegen späterer Entkräftigung desselben (s. im Text Nr. 3). Vangerow S. 553, Schmidt Zeitschr. S. 39. 40, Rudorff S. 139, 140; dagegen Karlowa S. 60 fg. b) Sie werde ertheilt auf Grund der geleisteten Caution. So Schmidt Zeitschr. S. 40 fg., VJSchr. S. 301, welcher Schriftsteller die Bedeutung der Nuntiation eben darin sieht, daß durch dieselbe die Leistung der Caution indirect habe sollen erzwungen werden. Dagegen Rudorff S. 142, Stölzel S. 284 fg., Karlowa S. 66 fg. c) Die Remission werde ohne Weiteres ertheilt, so daß der Unternehmer sofort in seiner Thätigkeit fortfahren dürfe, bis der Einsprechende ihm sein Einspruchsrecht bewiesen habe (im Petitorium: Rudorff S. 140, — im interd. demolitorium: Karlowa S. 65 fg., Baron S. 519 fg., welche letztere Schriftsteller sich noch dadurch unterscheiden, das Jener den Gegenbeweis eines ius aedificandi zuläßt, nicht Dieser). Vgl. auch Donellus Comm. de iure civ. lib. XV c. 46 not. 18.

[10] L. 5 §. 14 D. h. t. Allerdings sagt die Stelle nicht, daß die Folge der Eidesverweigerung Remission sei, und es läßt sich nicht wohl bestreiten, daß die Eidesverweigerung auch ohne Remission dem int. demolitorium gegenüber geltend gemacht werden könne. Aber das Nächstliegende ist es doch, daß

migung desselben Sicherheit gegeben wird[11]. Fährt der Unternehmer vor Aufhebung des Einspruchs in seiner Thätigkeit fort, so ist er zur Wiederherstellung des früheren Zustandes und zum Schadensersatz verpflichtet[12], ohne jetzt die Frage der materiellen Berechtigung zur Sprache bringen zu dürfen[13].

b) Auch durch Sicherheitsleistung[14] kann in diesem Fall der Unternehmer sich nicht sofort das Recht zur Fortsetzung seiner

---

der Richter bei der Eidesauflage sogleich das Präjudiz der Remission hinzufügt. Vgl. Stölzel S. 238 fg., Karlowa S. 60. 61.

[11] L. 5 §. 18 D. h. t. „Qui procuratorio nomine nuntiaverit, si non satisdabit, eam rem dominum ratam habiturum, nuntiatio omnimodo remittitur, etiamsi verus sit procurator". Stölzel S. 246. Ueber l. 13 pr. §. 1 D. h. t. s. Vangerow S. 549, Stölzel S. 247. 248.

[12] S. g. interdictum demolitorium, l. 20 pr. — §. 8 D. h. t. Hasse S. 595 fg., Schmidt Zeitschr. S. 32 fg., Rudorff S. 131 fg., Stölzel S. 210 fg., Baron S. 528 fg. Der Anspruch verjährt in der gewöhnlichen Zeit, l. 20 §. 6 D. h. t. Dagegen gelten für die Verhaftung der Erben, wie beim interd. q. v. a. cl., die Grundsätze von den Delictsansprüchen (§. 359 Note 2; römisches Recht: l. 20 §. 8 l 22 D. h. t.). In welchem Sinne man hier von einem Delictsanspruche (l. 22 cit.: poena) gegenüber l. 1 §. 5 l. 10. 11 D. h. t. reden könne, darüber s. Stölzel S. 217 fg. Ein Anspruch gegen den dritten unschuldigen Besitzer, wie beim interd. q. v. a. cl. ist hier nicht bezeugt; l. 22 D. h. t. handelt nur vom Erben; dawider spricht l. 5 §. 5 l. 18 D. h. t., und eher dawider als dafür l. 3 §. 3 D. de al. iud. mut. c. 4. 7 in Verbindung mit §. 2 und §. 4 eod. Stölzel S. 214 fg., Baron S. 529; anders Hasse S. 600 fg., Vangerow S. 552, Schmidt Zeitschr. S. 37.

[13] L. 20 pr. §. 1. 3. 4 l. 1 pr. §. 7 D. h. t. Hasse S. 607, Vangerow S. 552, und nach ihnen Karlowa S. 62 fg. (vgl. auch die Angaben bei Stölzel S. 540. 541), stellen die Behauptung auf, in dem interd. demolitorium müsse der Einsprechende jedenfalls beweisen, daß er ein Recht habe, das Grundstück, für welches der Einspruch erhoben worden sei, zu vertreten. Die dafür von Karlowa beigebrachten Gründe sind nicht überzeugend. S. auch Stölzel S. 227.

[14] Dieselbe muß auch hier, wie beim interdictum q. v. a. cl., regelmäßig durch Bürgschaft erfolgen; bloßes Versprechen genügt nur in dem Falle, wo die Bauthätigkeit auf einem öffentlichen Grundstück vorgenommen wird, l. 8 §. 3 D. h. t., l. 1 §. 6 D. de stip. praet. 46. 5. Vgl. überhaupt l. 5 §. 17 l. 8 §. 3. 4 l. 12 l. 20 pr. §. 1. 9. 13 l. 21 D. h. t., l. 2 §. 1 D. de stip. praet. 46. 5, l. un. C. h. t. Hasse S. 620, Schmidt Zeitschr. S. 22 fg., Rudorff S. 143 fg., Schmidt Jahrb. S. 215 fg., Stölzel S. 105 fg., Schirmer praetorische Judicialstipulationen S. 85 fg., Ubbelohde Zeitschr.

Thätigkeit erkaufen, sondern muß dem Gegner 3 Monate zur Ausführung seines Verbietungsrechtes lassen[15]. Von der anderen Seite wird er aber auch, wenn er Sicherheit geleistet, oder der Gegner die angebotene nicht angenommen hat, nach dieser Zeit in der Fortsetzung seiner Thätigkeit richterlich geschützt[16].

3. Der Einspruch verliert auch abgesehen von dem Fall der richterlichen Aufhebung seine Kraft durch den Tod des Einsprechenden und durch die Veräußerung des Grundstücks, für welchen er erhoben worden ist[17]. Er bewährt nicht seine Kraft gegenüber einer Thätigkeit, welche im öffentlichen Interesse liegt, oder bei welcher Gefahr im Verzuge ist[18]. —

Ein Einspruch, welcher nach den hier dargestellten Grund-

---

f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. 5 und Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 99 fg., Karlowa S. 82 fg., Hesse Einspruchsrecht S. 143 fg. — Wenn zum Zwecke der Erlangung von Sicherheit für Ersatz befürchteten Schadens Einspruch erhoben wird, so wird natürlich das Recht zur Fortsetzung der Bauthätigkeit durch Leistung dieser Sicherheit erlangt.

15 So, in Abänderung des bis dahin geltenden Rechts Justinian in l. un. C. h. t. (wiederholt in l. 3. 4. X. de op. novi nunt. 5. 32). Ob nicht die l. un. C. cit. anders gedeutet werden kann, so daß das alte Cautionsrecht neben ihr fortbestehen würde? Hasse S. 619. 622 (dawider Vangerow S. 555, wo aber Hasse's Meinung nicht vollständig referirt ist), Schmidt Jahrb. S. 222 fg. (dawider Arndts §. 330 Anm. 5, Karlowa S. 81), Stölzel S. 314 fg. Seuff. Arch. VII. 44. S. noch die Angaben bei Stölzel S. 528—533.

16 Aber unter allen Umständen nur, wenn er Sicherheit durch Bürgschaft geleistet hat. L. 20 §. 9—15 D. h. t., l. 5 §. 20 l. 6. 7 pr. eod. Stölzel S. 111 fg.

17 L. 8 §. 6 D. h. t. Anders beim interdictum q. v. a. cl.: l. 13 §. 5 i. f. l. 11 §. 9 D. quod vi aut cl. 43. 24. Dagegen wirkt der Einspruch gegen den Erben und Sondernachfolger des Unternehmers fort, — vorausgesetzt, daß er diesen bekannt geworden ist. L. 8 §. 7 l. 23 D. h. t. vergl. mit l. 20 §. 3 D. quod vi aut cl. 43. 24. Ueber l. 3 §. 3 D. de al. iud. mut. c. 4. 7 s. Hasse S. 603 fg., Vangerow S. 551, Stölzel S. 224 fg., Hesse Einspruchsrecht S. 111 fg. — Im classischen römischen Recht erlosch die Wirkung der operis novi nunt. auch durch Ablauf eines Jahres, l. un. C. h. t. Vgl. Karlowa S. 80 fg. Daß ihre Wirkung durch Vertrag der Parteien aufgehoben wird (l. 1 §. 10 D. h. t.), versteht sich von selbst.

18 L. 5 §. 11—13 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. V. 28. f.

sätzen zu wirken nicht im Stande ist, behält immer diejenigen Wirkungen, welche ihm nach §. 465 zukommen[19]. [20]

G. Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen.

§. 467.

Die Privatansprüche, welche das römische Recht aus der Verletzung dieser Vorschriften entstehen läßt, haben zwar heutzutage durch die weitere Ausdehnung des polizeilichen Schutzes zum

---

[19] Daß eine gültige operis novi nunt. auch das interdictum q. v. a. cl. erzeuge, sagt ausdrücklich l. 7 §. 2 D. quod vi 43. 24. Es ist aber ferner nicht abzusehen, weßwegen eine ungültige deßwegen nicht als Verbot schlechthin wirken sollte, weil sie als qualificirtes Verbot zu wirken nicht im Stande ist.

[20] Man hat behauptet (von Neueren gehören hierher namentlich Sintenis S. 753 Anm. 2. Col., Stölzel S. 353. 527. 550), die operis novi nunt. habe nach römischem Recht, um als solche zu wirken, durch ihre Form, oder durch ihren Wortausdruck (nuntiare), sich von einem gewöhnlichen Verbote unterscheiden müssen; da nun das heutige Rechtsleben eine entsprechende Form oder einen entsprechenden Wortausdruck nicht mehr kenne, so sei eben deßwegen die römische Theorie von der operis novi nunt. unanwendbar. Aber die erwähnte Behauptung ist vollkommen unbewiesen. Es mag sein, daß die Römer für das Bauverbot eine hergebrachte Formel gehabt haben, — was Niemand weiß; jedenfalls machen unsere Quellen die eigenthümlichen Wirkungen des Bauverbotes von dem Gebrauch dieser Formel nirgends abhängig, und diese eigenthümlichen Wirkungen treten daher überall ein, wo die materiellen Voraussetzungen vorhanden sind, welche für die operis novi nunt. verlangt werden. — Man hat die heutige Anwendbarkeit der römischen Theorie von der operis novi nunt. auch deßwegen bestritten, weil man behauptet, die operis novi nunt. sei im heutigen Rechtsleben durch ein vom Richter zu erwirkendes provisorisches Inhibitionsdecret verdrängt worden; so namentlich Zimmermann, Sintenis, Hesse. Aber ein abschaffendes Gewohnheitsrecht ist so wenig nachweisbar, daß allein das Seuffert'sche Archiv eine ganze Reihe von Erkenntnissen enthält, in denen die operis novi nunt. als praktisches Rechtsinstitut behandelt wird (III. 58. 174, V. 28. 78, VII. 44. 45, IX. 161, XIV. 139, XV. 226), theilweise unter ausdrücklicher Verwerfung der entgegengesetzten Ansicht (III. 58, IX. 131), und kein einziges, in welchem die letztere anerkannt würde (XVIII. 139?). S. auch die Ausführung bei Stölzel S. 536 fg.

großen Theil ihre Bedeutung verloren[1]; principiell darf aber ihre Anwendbarkeit nicht bestritten werden[2].

1. Vorrichtung auf einem öffentlichen Grundstück zum Nachtheil eines Andern[3]. Derjenige, welcher durch die Vorrichtung benachtheiligt wird, kann gegen die Errichtung derselben ein gerichtliches Verbot auswirken, und hat einen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, wenn gegen das Verbot fortgefahren wird[4]. — Wer die Nutzungen eines öffentlichen Grundstücks gepachtet hat, hat gegen denjenigen, welcher ihn in dem

---

[1] Darauf, daß diese Ansprüche nur Aushülfe bei Ermangelung polizeilichen Schutzes sein sollen, weisen die Quellen selbst hin. L. 2 §. 17. 24. 25 D. ne quid in loco publ. 43. 8. S. auch Dig. 43. 10 de via publica et si quid in ea factum esse dicetur. §. 467.

[2] Vgl. Puchta §. 35[a] i. A., Sintenis I S. 413, Bruns Zeitschr. f. RG. III S. 410, Rechtssprüche und Gutachten der Juristenfacultät zu Rostock (Berlin 1846) S. 152. 153. Anwendungsfälle aus Seuffert's Archiv: V. 27. 134, VIII. 261, IX. 161. 293, X. 166. 167. 168, XIV. 38, XVII. 99. 224. 246. S. ferner die citirten Rechtssprüche 2c. Nr. 8. — Nur soweit das römische Recht aus der Verletzung dieser Vorschriften einen Anspruch auch dem dadurch nicht Benachtheiligten gewährte (Bruns Zeitschr. f. RG. III S. 388 fg.), ist es heutzutage unanwendbar (§. 326 Note 6). Hiermit ist auch die heutige Anwendbarkeit des interdictum ne quid in loco sacro fiat (Dig. 43. 6) beseitigt (vgl. I §. 147 zu Note 4). — Daß in den hierher gehörigen Fällen unter Umständen auch Schutz durch die operis novi nunt. und das interdictum q. v. a. cl. erlangt werden kann, ist bereits gesagt worden (§. 465 Note 6, §. 466 Note 7).

[3] L. 2 pr. — §. 19 l. 6. 7 D. ne quid in loco publ. 43. 8. Unterholzner II S. 186—188, Heimbach im Rechtslexicon V S. 591—593, Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXXII S. 201—208. Ueber den Begriff der „Vorrichtung" (römisch: „facere immittere") vgl. Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 60—62.

[4] L. 7 D. h. t. Ohne vorherige Erwirkung eines gerichtlichen Verbotes hat er einen Anspruch auf Wiederherstellung nicht. L. 2 pr. h. t. „DE EO QUOD FACTUM ERIT, INTERDICTUM NON DABO". L. 2 §. 17 eod. Vgl. Schmidt Interdictenverfahren S. 332. 333, auch S. 59. 60; Buchka und Budde Entscheidungen V S. 136. Anders die in Note 2 citirten Rechtssprüche 2c. S. 153. 154. — Es kann auch der Richter Caution wegen Nichtfortsetzung der Thätigkeit auferlegen (l. 2 §. 18 D. h. t., vgl. übrigens Schmidt Interdictenverfahren S. 278. 279. 329), heutzutage: die Fortsetzung bei Strafe verbieten. — Wie ist es, wenn die Vorrichtung von einer öffentlichen Behörde ausgeht? Zimmermann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII 3, Hesse Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II S. 131 fg.

ihm zuständigen Gebrauch stört, einen Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz[4a].

2. Vorrichtung auf einem öffentlichen Wege, durch welche derselbe schlechter wird. Der dadurch Benachtheiligte hat einen Anspruch gegen den Thäter auf Wiederherstellung und Schadensersatz, gegen den dritten unschuldigen Besitzer auf Gestattung eigener Wiederherstellung[5].

3. Störung in dem Gebrauch oder in der Ausbesserung eines öffentlichen Weges. Anspruch für den Benachtheiligten auf Unterlassung der Störung und Schadensersatz[6].

4. Vorrichtung in einem öffentlichen fließenden Gewässer oder auf dessen Ufer, durch welche Vorrichtung die Schifffahrt beeinträchtigt wird. Wie bei Nr. 2[7].

Seuff. Arch. V 27. 134, X. 166, XVIII. 141. Buchka u. Budde Entscheidungen V S. 287—296.

[4a] Dig. 43. 9 de loco publico fruendo. L. 1 pr. tit. cit.: — „vim fieri veto". Nach classischem römischen Recht entstand also ein Schadensersatzanspruch erst aus den nach Auswirkung des Interdicts vorgenommenen Handlungen. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 55. 328 fg. (I §. 159 Note 3). S. auch l. 1 §. 7 D. ut in fl. publ. 43. 14. Anwendungsfälle in Seuff. Arch. VIII. 261, XVII. 224.

[5] L. 2 §. 20—44 D. ne quid in loco publ. 43. 8. Unterholzner II S. 189—191, Heimbach im Rechtslex. V S. 593—595, Reinhard a. a. O. S. 208—212. Das praetorische Edict stellte für diesen Fall ein doppeltes Interdict auf, ein prohibitorisches (l. 2 cit. §. 20—34), und ein restitutorisches (l. 2 cit. §. 35—44). Im Justinianischen Recht setzt auch das erste Interdict nicht mehr vorgängige Erwirkung eines richterlichen Verbots voraus, ist also ebenfalls restitutorisch geworden; doch hat neben demselben das restitutorische Interdict immer noch Bedeutung wegen seiner Richtung gegen den dritten Besitzer. L. 2 cit. §. 37. 38. 43. Ueber die Anwendbarkeit des restitutorischen Interdicts gegen den nicht mehr besitzenden Errichter s. das. §. 39. 40. 42. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 328—331. Beide Interdicte beziehen sich übrigens nicht auf Stadtstraßen, l. 2 cit. §. 24. 36.

[6] L. 2 §. 45 D. ne quid in loco publ. 43. 8, Dig. 43. 11 de via publica et itinere publico (beide Male: „vim fieri veto", vgl. Note 5). Unterholzner II §. 382. 412, Heimbach im Rechtslex. V S. 595—596. 585—586, Reinhard a. a. O. S. 212—214.

[7] L. 1 D. de fluminibus 43. 12. Unterholzner II §. 403. 404, Heimbach im Rechtslexicon V S. 543 fg. Auch hier stellte der Praetor ein doppeltes Interdict auf, ein prohibitorisches und ein restitutorisches, vgl. Note 5. Daß der dritte unschuldige Besitzer nur auf patientia restituendi

5. Vorrichtung in einem öffentlichen fließenden Gewässer oder auf dessen Ufer, durch welche Vorrichtung der Lauf des Wassers im Verhältniß zum nächstvorhergehenden Sommer abgeändert wird. Ebenso[8].

6. Störung in der Benützung eines öffentlichen, fließenden oder sonstigen, Gewässers zur Schifffahrt oder zu einem sonstigen erlaubten Zweck; Störung in der bezeichneten Benützung der Ufer eines solchen Gewässers zum Zweck der Schifffahrt; Störung in der Wiederherstellung und Befestigung der Ufer eines solchen Gewässers. Wie bei Nr. 3[9].

---

hafte, ist hier nicht ausdrücklich bezeugt, aber deßwegen nicht weniger sicher. Vgl. Schmidt Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 64, Interdictenverf. S. 37. Eine Beeinträchtigung der Schifffahrt liegt auch in der Beeinträchtigung der „statio“, d. h. desjenigen „locus . . ubicunque naves tuto stare possunt“, l. 1 cit. §. 13. Welche fließende Gewässer öffentliche Gewässer seien, darüber I §. 146 Nr. 3. Analoge Ausdehnung auf Anlagen im Meere, l. 1 cit. §. 17. Bei Anlagen in nicht schiffbaren öffentlichen Gewässern hat der dadurch Benachtheiligte nur einen Anspruch auf patientia restituendi, l. 1 cit. §. 12. 18. Vgl. Seuff. Arch. IX. 161 Nr. 1; IX. 293.

[8] Dig. 43. 13 ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit. Unterholzner §. 405. 406, Heimbach im Rechtslexic. V S. 589 fg. Auch hier enthielt das Edict zwei Interdicte, ein prohibitorisches und ein restitutorisches, vgl. Note 5. Eine Ausnahme gilt nach richterlichem Ermessen für den Fall, wo die Anlage den Schutz des Ufers zum Zweck hat, l. 1 §. 6 D. tit. cit. Vgl. auch §. 7 eod., wo die Schlußworte zu beachten sind: „sine iniuria utique accolarum“. Seuff. Arch. IX. 161 N. 2. S. noch das. X. 167. 168, XVII. 246. Buchka u. Budde Entscheidungen V S. 83—99.

[9] Dig. 43. 14 ut in flumine publico navigare liceat. Dig. 43. 15 de ripa munienda. Unterholzner II §. 386. 419, Heimbach im Rechtslex. V S. 625 fg. 570 fg. Fließendes oder sonstiges öffentliches Gewässer: lacus, fossa, stagnum, l. 1 pr. D. 43. 14. Benützung zu einem sonstigen erlaubten Zweck: l. 1 §. 8 D. 43. 14 nennt, gewiß nur beispielsweise, die Viehtränke. Im Edict war noch besonders vorgesehen der Fall, wo Jemand von der zuständigen Behörde das Recht der Wasserleitung aus einem öffentlichen Wasserbehälter (castellum) erlangt hat, l. 1 §. 38 sqq. D. de aq. quot. 43. 20. Benützung der Ufer eines solchen Gewässers: l. 1 pr. §. 8. D. 43. 14 nennt nur die ripa fluminis, kaum in ausschließendem Sinne. Auch Dig. 43. 15 spricht nur von ripa fluminis, und s. §. 6 eod.: „Illud notandum, quod ripae lacus, fossae, stagni muniendi nihil praetor hic cavet; sed idem erit observandum, quod in ripa fluminis munienda“.

7. Vorrichtung, durch welche ein öffentlicher Abzugsgraben verschlechtert wird. Wie bei Nr. 2[10].

H. Störung des Begräbnißrechts.

§. 468.

Wer einen Andern unbefugter Weise an der Beerdigung eines Leichnams oder an der Errichtung eines Grabmals hindert, haftet auf Unterlassung der Störung und Schadensersatz[1]. Der Anspruch geht nicht auf die Erben des Berechtigten über, auf die Erben des Verpflichteten nach allgemeinen Grundsätzen[2].

I. Störung der Rechtshülfe.

§. 469.

1. Wer sich der Realisirung einer richterlichen Einweisung in den Besitz, gleichviel ob vor oder nach der Besitzergreifung, arglistigerweise widersetzt, haftet dem Eingewiesenen auf Zulassung und Schadensersatz[1]. Der Anspruch verjährt in einem Jahre, und verbindet die Erben nur nach den für die Delictsansprüche geltenden Grundsätzen; mit Ausnahme jedoch des Falles, wo die Einweisung zum Zweck der Sicherung des Vermächtnißnehmers erfolgt[2].

2. In gleicher Weise haftet derjenige, welcher eine Prozeßpartei arglistigerweise am Erscheinen in einem gerichtlichen Ter-

---

[10] L. 1 §. 15. 16 D. de cloac. 43. 23. Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 51—76.

§. 468. [1] Dig. 11. 8 de mortuo inferendo et sepulcro aedificando (interdictum prohibitorium). L. 9 D. de relig. 11. 7 (actio in factum). Vgl. l. 6 C. de sep. viol. 9. 19. Unterholzner II S. 168. 209. Heimbach im Rechtslex. V S. 563 fg. 573. fg.

[2] L. 9 de relig. cit.: „Unde miror, quare constare videatur, neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem; nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur". Man hat diese Stelle dahin verstehen wollen, es werde durch sie der aufgestellte Satz mißbilligt (Heimbach S. 565), was offenbar ungerechtfertigt ist. Vgl. §. 359 Note 11 u. 16.

§. 469. [1] Dig. 43. 4 ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. Unterholzner II §. 373. 712. Bachofen Pfandrecht S. 467—475.

[2] L. 1 §. 8 D. h. t.; §. 359 Nr. 2.

mine verhindert, mag der dadurch Benachtheiligte der Verhinderte sein oder der Gegner[3]. — Außerdem gewährt das römische Recht gegen denjenigen, welcher einen Geladenen gewaltsam am Erscheinen vor Gericht verhindert, dem Ladenden binnen Jahresfrist einen Strafanspruch auf den Belang seiner Klagforderung[4].

3. Auf Schadensersatz haftet auch derjenige, welcher eine Sache in der Absicht veräußert, um einem Andern die Verfolgung seines Rechtes zu schmälern[5]. Verjährung und Vererblichkeit des Anspruchs wie bei Nr. 1[6].

K. Verletzung der Amtspflicht.

§. 470.

Aus der Verletzung der Amtspflicht entsteht ein Schadensersatzanspruch für den Beschädigten dann, wenn dieser Verletzung Arglist oder grobe Nachlässigkeit zu Grunde liegt. Dieß gilt namentlich für die Thätigkeit des Richters bei Fällung eines Urtheils[1]; es gilt aber ferner auch für jede andere Thätigkeit

---

[3] Dig. 2. 10 de eo per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat. Glück III S. 485 fg., Unterholzner II §. 709.

[4] Dig. 2. 7 ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat. Glück III S. 421 fg., Unterholzner II §. 726. Die Strafnatur des Anspruchs ergibt sich aus l. 5 §. 1 l. 6 D. h. t. Für die heutige Anwendbarkeit dieses Anspruchs muß die Ansicht maßgebend sein, welche man über die heutige Anwendbarkeit der römischen Privatstrafen überhaupt hat (§. 326).

[5] Dig 4. 7 Cod. 2. 55 de alienatione iudicii mutandi causa. Unterholzner II §. 342. 134. Veräußerung: l. 3 §. 1 l. 4 §. 2. 4 l. 8 §. 2 — l. 10 pr. l. 11 D. h. t.; l. 10 §. 1 eod. Böse Absicht: l. 1 §. 1 — l. 3 §. 3 l. 3 §. 5 l. 4 pr. l. 12 D. h. t. Schadensersatz: l. 3 §. 4. 5 l. 8 pr. D. h. t.; s. auch l. 12 pr. D. h. t. (vgl. Sintenis II §. 124 Anm. 24). Verhältniß zu dem Satze, daß der Nichtbesitzer als Besitzer haftet, si dolo desiit possidere: l. 4 §. 1 D. h. t. (vgl. I §. 193 Note 8, aber auch Francke Commentar zum Pandektentitel de her. pet. S. 149. 270). In integrum restitutio wegen alienatio iudicii mutandi causa? S. I §. 116 Note 2 g. E.

[6] L. 4 §. 6 — l. 7 D. h. t. in Verbindung mit §. 359 Nr. 2.

[1] Die Klage gegen den ein ungerechtes Urtheil fällenden Richter hat man §. 470.
im Mittelalter Syndicatsklage genannt. S. über die Benennung Schilter Exerc. ad Pand. X §. 60, G. L. Böhmer Electa iur. civ. II exerc. 4 c. I §. 14, — und über die Sache die Abhandlungen von: G. Weber Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 1. (1834), Strippelmann Neue Sammlung 2c. III S.

des Richters, bei Ausübung der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit;[2] und ebenso gilt es für die amtliche Thätigkeit eines

---

289 fg. (1845), Schwarze Zeitschr. f. RPflege u. Verw. zunächst f. d. KR. Sachsen N. F. XI S. 113 fg., XII S. 298 fg., XVIII S. 193 fg. (1853. 1854. 1859), Schlayer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 128 fg. (1856); ferner Unterholzner II §. 698—700, Sintenis II S. 766—773, Bayer Civilproz. S. 275—281, Heffter Civilproz. §. 91, Wetzell Civilproz. §. 36 Note 14. — Das Recht der Syndicatsklage ist äußerst bestritten. Und zunächst fragt es sich, ob der Richter in der That auch wegen grober Nachlässigkeit, und nicht bloß wegen Arglist, oder ob er umgekehrt nicht bloß wegen grober, sondern auch wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit in Anspruch genommen werden kann. Das Material der Entscheidung ist folgendes. a) Das römische Recht gibt einen Anspruch gegen den Richter nicht bloß wegen dolus, sondern auch wegen „imprudentia" (l. 15 §. 1 l. 16 D. de iud. 5. 1, l. 2 C. de poena iud. 7. 49, — l. 5 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, l. 6 C. de extr. cogn. 50. 13, pr. I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5), im ersten Fall auf „vera aestimatio litis", im zweiten Fall auf „quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit". Ein Widerspruch zwischen den angeführten Stellen ist in der Sache nicht, und nur im Ausdruck insofern vorhanden, als sie die Bezeichnung: litem suam facere zum Theil auf den Fall des dolus beschränken, zum Theil auf den Fall der imprudentia erstrecken. Auch in andern Stellen des römischen Rechts wird ein Anspruch gegen den Richter wegen Pflichtverletzung überhaupt, nicht blos wegen doloser Pflichtverletzung anerkannt. Dig. 27. 8 de magistratibus conveniendis, l. 4 §. 7 D. de damno inf. 39. 2, l. 29 C. de pact. 2. 3, l. 13 §. 6 C. de iud. 3. 1, l. 19 C. de test. 4. 20. b) Durch die K.G.O. von 1555 Thl. III Tit. 53 §. 4. 5. 6. 10 ist aber die Syndicatsklage ausdrücklich auf den Fall der Arglist beschränkt worden, s. auch J. R. A. §. 157. Man hat dieß geleugnet mit Berufung auf die Worte des §. 6 cit.: „oder anderer dergleichen Ursachen", welche von culpa lata zu verstehen seien (Sintenis S. 770 in der Anm.); diese Behauptung, obgleich, wie es scheint, in dem Urtheile bei Seuff. Arch. XIV. 140 einfach adoptirt, ist kaum begreiflich. Von Anderen sind andere Wege eingeschlagen worden, um der reichsgesetzlichen Bestimmung gegenüber eine weiter gehende Verhaftung des Richters zu rechtfertigen. Heffter a. a. O. leugnet, daß durch die reichsgesetzliche Bestimmung gemeines Recht begründet worden sei; — man wird sich, wenn man dieß annimmt, entschließen müssen, die K. G. O. überhaupt nicht als Quelle des gemeinen Rechts anzusehen. Man hat ferner gesagt, dem dolus stehe die lata culpa gleich (Wetzell a. a. O.). Dieser letztere Weg führt m. E. zum Ziel. Zwar halte ich den allgemeinen Satz, daß lata culpa dem dolus auch außerhalb contractlicher oder sonst begründeter obligatorischer Verhältnisse in allen Fällen gleichzustellen sei, für äußerst bedenklich (vgl. I. §. 101 Note 10 a. E.); aber gerade für den vorliegenden Fall findet derselbe einen Anhalt in den Bestimmungen des römischen Rechts über den mensor

jeden andern nicht richterlichen Beamten². Aus der Verletzung der obervormundschaftlichen Amtspflicht wird ausnahmsweise schon

---

Das römische Recht faßt die Stellung des mensor ebenso auf, wie die des Richters; es wird nach römischer Anschauung mit dem mensor ebenso wenig ein Contract geschlossen, wie mit dem Richter (§. 404 Note 4). Deßwegen läßt das römische Recht den mensor zunächst nur für dolus haften. L. 1 §. 1 D. si mens. 11. 6. „Haec actio dolum malum duntaxat exigit; visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est . .“. Dann aber wird hinzugefügt: „Lata culpa plane dolo comparabitur“. Für die hier vertretene Meinung sind (im Resultat) außer Wetzell: Sintenis a. a. O., Arndts §. 338, Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 365; für die Beschränkung der Verhaftung auf dolus: Weber (welcher aber diese Beschränkung bereits im römischen Recht begründet findet), Strippelmann (S. 311, s. aber auch S. 316), Schwarze (XI S. 133, s. aber auch S. 141), Schlayer, Unterholzner, Bayer. Für die Erstreckung der Verhaftung auf omnis culpa (welche nach dem Gesagten gar keinen Anhalt hat) sind die bei Sintenis S. 768 in der Anm. Genannten. — Man streitet ferner darüber, ob die Syndicatsklage subsidiarisch sei, oder nicht, d. h. ob sie voraussetze, daß die zu Gebote stehenden Rechtsmittel gegen das Urtheil angewendet worden seien, und ob sie demnach wegfalle, wenn die unterliegende Partei sich in dieser Beziehung ein Versäumniß habe zu Schulden kommen lassen. Für die Bejahung dieser Frage sind: Weber S. 36 fg., Strippelmann S. 346 fg., Schwarze XII S. 292 fg., Unterholzner §. 698. k.; für die Verneinung: Heffter S. 98, Bayer S. 280, Sintenis S. 772 in der Anm., Zachariä deutsches Staats- und Bundesrecht II §. 140 a. E., Seuff. Arch. XIV. 140. Ich glaube nicht, daß die Bejahung gerechtfertigt ist. Die Frage reducirt sich auf die andere Frage: ob ein Schaden deßwegen weniger vorhanden ist, weil Wiederaufhebung der beschädigenden Thatsache verlangt werden kann, — und diese Frage muß verneint werden. Man hat sich für das Gegentheil auf l. 3 §. 2. 3 D. si mens. 11. 6 berufen. Aber diese Stelle will nur sagen, daß derjenige, welcher Eigenthum verloren, und dafür einen obligatorischen Anspruch erworben hat, effectiv noch nicht ärmer geworden sei, indem sie nämlich voraussetzt, daß der Anspruch sich ohne Mühe oder sonstige Aufopferung werde realisiren lassen. Wäre dem Verfasser der Stelle die Frage vorgelegt worden, ob der Beschädigte, wenn er die mit der Realisirung des Anspruchs verbundenen Aufopferungen nicht übernehmen wolle, nicht gegen Abtretung seines Anspruchs sofort Schadensersatz begehren könne, so würde er sich gewiß nicht bedacht haben, diese Frage zu bejahen. Will man, was die vorliegende Frage betrifft, weit gehen, so wird man vielleicht dem belangten Richter das Recht einräumen können, von der beschädigten Partei zu verlangen, daß dieselbe gegen Vorschuß der nöthigen Kosten ihrerseits den Rechtsweg beschreite. In keinem Falle aber wird man dem Richter das Recht geben

wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit ein Anspruch gewährt [3]. Neben dem Beamten haftet auch der Staat, welcher ihn angestellt hat [4]. —

Das Gesagte gilt nur für die eigentlichen Beamten, d. h. für diejenigen Personen, welche berufen sind, als Organe der Staatsordnung in deren Namen thätig zu werden. Personen dagegen, welche auf Grund einer staatlichen Concession, Approbation, Anstellung dem Publicum ihre Dienste darbieten, haften demjenigen, welcher ihre Dienste nachsucht, nach den Grundsätzen des Vertrags, also für alle Nachlässigkeit [5], Dritten für Arglist

---

dürfen, sich darauf zu berufen, daß die Partei die Benützung eines ihr zu Gebote stehenden Rechtsmittels versäumt habe. Anders dann, wenn die Partei das Rechtsmittel nicht versäumt, sondern freiwillig von demselben keinen Gebrauch gemacht hat; sie hat dann das Urtheil anerkannt. — Ueber den Fall, wo das Urtheil von einem Richtercollegium gesprochen worden ist, s. v. Langenn und Kori Erörterungen prakt. Rechtsfragen II Nr. 3, Schwarze a. a. O. Bd. XVIII, Sintenis Anm. 39, und vgl. auch §. 445 Note 7. 8; Seuff. Arch. V. 298, XI. 252, XIV. 140.

2 Nach der Analogie der Syndicatsklage und der Bestimmungen über den mensor.

3 S. §. 445 Note 3. — Die Praxis zeigt eine entschiedene Neigung, einen jeden Beamten, richterlichen oder sonstigen, abgesehen von dem Falle des unrechtmäßigen Urtheils, für omnis culpa haften zu lassen. Seuff. Arch. I. 166, II. 54, III. 326. 327, V. 135. 174. 287, VII. 321, X. 51, XIV. 140, XV. 189, XVI. 113, XVII. 120. 123.

4 Der Beamte handelt, vorausgesetzt, daß er innerhalb seiner Competenz thätig wird, im Namen des Staates; es handelt durch ihn der Staat. Deßwegen haftet der Staat nicht etwa nur subsidiarisch neben dem Beamten. So auch Pfeiffer prakt. Erörterungen II Nr. 12, Zachariä deutsches Staats- und Bundesrecht II §. 140. B.; ferner die Urtheile bei Seuff. Arch. I. 166, II. 54. 159 (vgl. VI. 199), V. 281 Nr. 2, VII. 321, XVII. 145. Anders V. 281 Nr. 1: der Staat haftet nur subsidiarisch, und nur wegen culpa in eligendo; V. 174: der Staat haftet nur subsidiarisch; es müßte ihn denn eine culpa in eligendo treffen. — Pfeiffer und Zachariä a. a. O. wollen den Staat nicht haften lassen aus der eigentlich richterlichen Thätigkeit des Beamten; eben so Seuff. Arch. III S. 370, VII S. 382. Ich halte diese Ausnahme nicht für begründet. — Unter allen Umständen aber wird der Staat so lange nicht in Anspruch genommen werden können, als noch Mittel, Wiederaufhebung der betreffenden Verfügung zu erlangen, zu Gebote stehen; vorher liegt eine definitive Handlung des Staates nicht vor.

5 S. §. 404 Note 3.

und grobe Nachlässigkeit[6]. Der Staat haftet für ihre Verschuldung nicht[7].

L. Ungerechter Prozeß*.

§. 471.

Wenn sich Jemand etwas geben läßt[1], um einen ungerechten Prozeß zu führen, oder von demselben abzustehen[2], so hat der Bedrohte einen Anspruch gegen ihn auf Herausgabe des Empfangenen, und zwar binnen eines Jahres in vierfachem Betrage[3]. Der Erbe des Empfängers haftet sofort nur auf das Einfache[4]; der Erbe des Berechtigten hat den Anspruch gar nicht[5]. — Außerdem unterliegt das Gegebene der Rückforderung nach den Regeln von der Rückforderung des zu einem unerlaubten Zwecke Gegebenen[6].

---

6 Nach der Analogie des mensor, dessen Recht in dieser Beziehung noch anwendbar ist. S. l. 3 §. 1 D. si mensor 11. 6. „Competit autem haec actio ei, cuius interfuit, falsum modum renuntiatum non esse, hoc est vel emtori, vel venditori, cui renuntiatio obfuit". S. ferner l 3 §. 4 eod. (der mensor wird vom Richter zugezogen).

7 Auch nicht für culpa in eligendo, da der Staat zu dem Publicum in keinem contractlichen oder sonst obligatorischen Verhältniß steht. A. M. Pfeiffer a. a. O. S. 362. 363.

* Dig. 3. 6 de calumniatoribus. — Unterholzner II §. 728. §. 471.

1 L. 1 §. 4 l. 2 l. 3 pr. D. h. t.

2 Als Kläger, oder auch als Beklagter. Ueber den letzteren Fall s. l. 7 §. 2 D. h. t. Civil- oder Criminalprozeß: l. 1 §. 1 l. 8 D. h. t.

3 L. 1 pr. l. 3 §. 1. 3 l. 7 pr. §. 1 D. h. t. Annus utilis: l. 6 D. h. t. Für die heutige Anwendbarkeit dieses Strafzusatzes (vgl. §. 326) sind Schilter (exerc. 10 §. 74), Stryck (ad. h. t. §. 2), Leyser (spec. LVI med. 1. 2).

4 L. 5 pr. D. h. t.

5 L. 4 D. h. t. Der Gesichtspunkt der persönlichen Kränkung macht sich auch geltend in l. 7 §. 1 D. h. t.

6 S. §. 423 Note 5, §. 428 Note 9. 11. — Man unterscheide: a) der Bedrohte hat gegeben, damit der Prozeß nicht geführt werde. Es steht ihm sowohl actio calumniae, als condictio ob turpem causam zu (l. 4 D. h. t.), so jedoch daß sowohl die erstere die letztere, als auch die letztere die erstere, und zwar selbst in Betreff des Strafzusatzes, ausschließt, l. 5 §. 1 D. h. t. (s. über diese Stelle Vangerow III §. 697 und die daselbst Citirten). b) Ein Dritter hat gegeben, damit der Prozeß nicht geführt werde. Der Dritte hat die condictio, der Bedrohte die actio calumniae, l. 7 pr. §. 1 D. h. t. c) Ein

M. Injurie (Beleidigung)*.

§. 472.

Injurie ist jede rechtswidrige Handlung, welche den Ausdruck einer Mißachtung der fremden Persönlichkeit enthält[1]. Aus der Injurie entsteht für den Gekränkten ein Strafanspruch auf Leistung einer Geldsumme, deren Höhe er selbst ansetzen, der Richter aber ermäßigen kann[2]. Der Anspruch verjährt in einem

---

Dritter hat gegeben, damit der Prozeß geführt werde. Die condictio fällt weg, der Bedrohte hat die actio calumniae, l. 3 §. 3 D. h. t.

§. 472. * Inst. 4. 4 de iniuriis. Dig. 47. 10 de iniuriis et famosis libellis. Cod. 9. ~~53~~ de iniuriis. — Unterholzner II S. 759—781, Sintenis II S. 754—759, Seuffert II §. 406—410, Holzschuher I §. 47.

1 Die Quellen bezeichnen die „iniuria" als: contumelia, ὕβρις (pr. I. h. t., l. 15 §. 46 D. h. t., l. 5 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 1). Das Nähere über den Begriff und die verschiedenen Arten der Injurie muß der Disciplin des Strafrechts überlassen bleiben. S. darüber und über diese Lehre überhaupt die Lehrbücher des Strafrechts von Wächter II §. 150—160 und von Heffter §. 296—321; sodann die Aufsätze von Walter im N. A. für Criminalrecht IV. 5. 12 („über Ehre und Injurie nach Römischem Recht"), Heffter Arch. f. Criminalr. N. F. 1839 S. 237—248 („die Begriffsverschiedenheit der römischen und deutschen Injurie"), Mittermaier Rechtslexic. V S. 863—904. Nur das sei hier hervorgehoben, daß zum Begriff der Injurie nicht erforderlich ist, daß die Handlung zu dem Zwecke vorgenommen worden sei, um dadurch eine Mißachtung der fremden Persönlichkeit an den Tag zu legen; es reicht vollkommen hin, daß sie in dem Bewußtsein vorgenommen worden sei, daß sie eine Mißachtung der fremden Persönlichkeit enthalte. Daher liegt eine Injurie in jeder bewußten Rechtsverletzung. Vgl. l. 13 §. 7 l. 24 D. h. t., l. 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 2 §. 9 D. ne quid in loco publ. 43. 8; l. 15 §. 31 D. h. t.; l. 5 §. 2—5 l. 23 D. h. t., l. 21 D. de furt. 47. 2; l. 20 D. h. t.; l. 11 §. 9 l. 12 l. 13 §. 3 l. 15 §. 33 l. 19 D. h. t., l. 1 §. 8 D. de insp. ventre 25. 4; l. 8 pr. D. de rel. 11. 7; l. 1 §. 38 D. dep. 16. 3; l. 15 pr. D. h. t. Nur tritt, wenn die Handlung unter die Kategorie irgend eines andern Vergehens fällt, die Strafe dieses Vergehens, und nicht die der Injurie, ein. Vgl. über den Begriff der Injurie aus Seuffert's Arch. die Urtheile I. 64, II. 51, III. 57. 171, VI. 195. 196, VII. 38. 39, VIII. 137, X. 50, XVII. 43.

2 Dieser Anspruch beruht auf dem praetorischen Edict (l. 7 pr. l. 15 §. 2. 25. 26. 34 l. 17 §. 5. 10 D. h. t., l. 15 §. 28 l. 21 eod., §. 7 I. h. t., Gai III. 223. 224, Coll. II. 6), für gewisse Fälle der Injurie (Note 4. 5) auch auf der lex Cornelia de iniuriis (l. 5 l. 37 §. 1 D. h. t., §. 8 I. h. t.,

Jahre[3]; mit Ausnahme jedoch der thätlichen Injurie und des gewaltsamen Eindringens in die Wohnung[4], in welchen Fällen der Anspruch der gewöhnlichen Verjährungszeit unterliegt[5]. Der Anspruch geht weder auf die Erben des Verpflichteten, noch auf die des Berechtigten über[6]. Der Anstifter haftet wie der Beleidiger selbst[7]. — Außer diesem Geldanspruch hat der Beleidigte gegen den Beleidiger auch einen Anspruch auf Widerruf, Abbitte und Ehrenerklärung[8].

Paul. S. R. V. 4 §. 8). Die heutige Anwendbarkeit dieses Anspruchs ist ausdrücklich anerkannt in der K. G. O. II. 28 §. 4.

3 L. 5 C. h. t., §. 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12.

4 Pulsare, verberare, domum vi introire. L. 5 §. 1 D. h. t. „Inter pulsationem et verberationem hoc interest, ut Ofilius scribit: verberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore". Ueber domum vi introire s. l. 5 §. 2—5 D. h. t.

5 Es sind dieß die Fälle der lex Cornelia, deren actio der Regel gemäß (pr. I. de perp. et temp. act. 4. 12) perpetua war. Sehr mit Unrecht hat man aus l. 5 C. h. t. herleiten wollen, daß wenigstens im neueren Recht die Verjährung in allen Fällen die einjährige sei. Vgl. Seitz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX. 6.

6 L. 13 pr. l. 15 §. 14 l. 28 D. h. t., §. 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12. So auch §. 359 Note 7 und 14.

7 L. 11 pr. §. 3—6 l. 15 §. 2. 8 l. 17 §. 2 D. h. t., §. 11 I. h. t.

8 Dieser Anspruch ist durch die Praxis unter dem Einfluß altdeutscher und kirchlicher Ideen (vgl. c. 5 Dist. 46) eingeführt, und in der Reichsgesetzgebung (P. H. G. O. Art. 216, K. G. O. II. 28 §. 4, s. auch den R. A. Anfang v. 1670 a. E.) anerkannt worden. Ueber das Geschichtliche s. namentlich: v. Wallenrodt Zeitschr. f. Rechtsgesch. III S. 238—300. — Ist die Concurrenz dieses Anspruchs mit dem Geldanspruch eine cumulative oder eine elective? Für Ersteres: Wächter Strafr. II S. 103, v. Wallenrodt S. 294; für Letzteres die Meisten, s. die bei Wächter a. a. O. Genannten, Heffter Strafr. §. 308, Unterholzner S. 779, Sintenis S. 758, Seuff. Arch. I. 62 (Plenarbeschluß des O. A. G. zu München vom 27. Mai 1845). Es wird sogar behauptet, daß der Anspruch auf Abbitte ꝛc. selbst durch den Antrag auf öffentliche Strafe nicht ausgeschlossen werde, Heffter a. a. O. und die bei Wächter a. a. O. und Wallenrodt S. 293—296 Genannten; s. dagegen Wächter a. a. O. — Daß der Antrag auf öffentliche Strafe den Geldanspruch ausschließe, wird nicht bestritten, s. l. 6 D. h. t., §. 10 I. h. t.

IV. Andere gesetzliche Forderungsrechte.

A. Forderungsrechte aus den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen.

§. 473.

Die hierher gehörigen Fälle sind bereits oben I §. 169 genannt worden[1]. Näher ist von dem Satz zu handeln, daß der natürliche Ablauf des Regenwassers nicht zum Nachtheil des benachbarten Grundstücks abgeändert werden soll[2] [3].

1. Es soll der Ablauf des Regenwassers nicht abgeändert werden[4]. Regenwasser hört aber dadurch nicht auf, Regenwasser zu sein, daß es sich mit anderem Wasser mischt[5].

2. Es soll der natürliche Ablauf des Regenwassers nicht abgeändert werden[6]. Für den durch künstliche Anlagen regulirten

---

§. 438. [1] Note 1. 9. 10. 18.

[2] Dig. 39. 3 de aqua et aquae pluviae arcendae (in welchem Titel aber l. 8 — l. 11 pr. l. 17. 21. 26 von der vorliegenden Materie nicht handeln). — K. A. Schneider Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 22 (1832). Elvers Themis N. F. I S. 497—508 (1833). Schmidt (von Ilmenau) civil. Abhandlungen S. 90—168 (1841). Habicht rechtliche Erörterungen I S. 518—542 (1843). Schäffer Arch. f. prakt. RW. II S. 16—45 (1854). Hesse über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 184—271 (1859). Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 176—185 (1862). Unterholzner II S. 194—201, Sintenis II S. 477.

[3] Ueber die Quelle dieses Satzes vgl. l. 21 pr. D. de statulib. 40. 7, die Inscription von l. 13 D. h. t. und Schneider S. 325, Schmidt S. 92, Hesse S. 193.

[4] L. 1 pr. §. 2. 15. 16 l. 3 §. 1 D. h. t. Ueber l. 3 pr. D. h. t. s. Schneider S. 334, Schmidt S. 99—102, Hesse S. 200—202; über l. 1 §. 23 und l. 2 §. 9 D. h. t. s. Schneider S. 328—333, Schmidt S. 102—105, Hesse S. 197. 198.

[5] L. 1 pr. cit.: — „sive per se haec aqua coelestis noceat, sive cum alia mixta sit". L. 1 §. 15 cit.: — „aqua pluvia vel quae pluvia crescit". L. 1. §. 2 cit. „Neratius scribit, opus, quod quis fecit, ut aquam excluderet, quae exundante palude in agrum eius refluere solet, si ea palus aqua pluvia ampliatur, eaque aqua repulsa ex opere agris vicini noceat, aquae pluviae actione cogetur tollere".

[6] L. 1 §. 1 D. h. t.: — „cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret". L. 1 §. 22 D. h. t.

Ablauf des Regenwassers gilt das Gleiche nur dann, wenn die Anlagen auf obrigkeitlicher Anordnung beruhen, oder seit unvordenklicher Zeit bestehen [7].

3. Es soll der Ablauf des Regenwassers nicht abgeändert werden, d. h. es soll keine Aenderung durch Menschenhand bewirkt werden [8]. Jedoch kann gegenüber einer von selbst eintretenden Abänderung wenigstens Gestattung der Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangt werden, vorausgesetzt, daß der Eigenthümer keinen Schaden davon hat [9].

4. Es soll der Ablauf des Regenwassers nicht zum Schaden des benachbarten Grundstücks abgeändert werden [10]. Entziehung eines Vortheils ist erlaubt [11].

5. Das benachbarte Grundstück muß ein Feldgrundstück sein [12].

---

[7] L. 1 §. 22. i. f. 23 D. h. t. In die erste Stelle muß die Voraussetzung der zweiten hineingetragen werden („denique ait"). Die zweite spricht übrigens nicht von einer Abänderung der Anlage, sondern von dem Verfall derselben, daher: „non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus", während es in der ersten einfach heißt: „aquae pluviae arcendae actione agi posse". — Ueber die Bedeutung der in l. 1 §. 23 cit. und l. 2 D. h. t. erwähnten „lex" s. l. 23 pr. D. h. t. und Schmidt S. 115 fg., Savigny Syst. IV S. 488. — Seuff. Arch. I. 68, XVII. 48.

[8] „Opere manu facto". L. 1 §. 1. 10. 14. 15 D. h. t.; l. 3 §. 2 l. 24 §. 1. 2 D. h. t. Seuff. Arch. V. 141.

[9] Doch gab es über diesen Punkt zwischen den römischen Juristen verschiedene Meinungen, und die mildere, im Text bezeichnete, ist erst allmählig zur Herrschaft gelangt. S. l. 11 §. 6 D. h. t., l. 2 §. 5 eod. („haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur"), l. 2 §. 6 eod. („sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus"), l. 2 §. 7 eod. Das Verhältniß der l 2 §. 5 cit. zu l. 2 §. 1 eod. bleibt dunkel; eben so das Verhältniß der l. 2 §. 4 und 7 D. h. t. zu dem sonst Anerkannten (l. 11 §. 6 l. 1 §. 22 l. 2 §. 1. 5. i. f. D. h. t.). Beruht der bisherige Ablauf des Regenwassers auf einer künstlichen Vorrichtung, so ist hier (vgl. Note 7) gesetzliche Anordnung oder Unvordenklichkeit nicht erforderlich, l. 2 §. 5. 6 citt. Natürlich aber kann Gestattung der Wiederherstellung nur dann verlangt werden, wenn Wiederherstellung überhaupt möglich ist; deßwegen l. 14 §. 1 D. h. t. — Vgl. über die verschiedenen Ansichten Schneider S. 341—348, Schmidt S. 137—142. 162—165, Hesse S. 215—218. 248—256.

[10] L. 1 §. 1. 11. 13. 21 D. h. t. Ueber l. 2 §. 9 D. h. t. s. Schneider S. 352—356, Schmidt S. 142—145, Hesse S. 221—226.

[11] L. 1 §. 11. 21 D. h. t. Seuff. Arch. I. 5.

[12] L. 1 §. 17—20 D. h. t. In l. 1 §. 20 cit. ist die richtige Lesart ge-

6. Der aus der unerlaubten Abänderung entstehende Anspruch geht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes[13], auf Schadensersatz nur in Betreff des nach dem Streitbeginn entstandenen Schadens[14]. — Der Anspruch steht nicht zu gegen den Abändernden als solchen, sondern gegen den Abändernden in seiner Eigenschaft als Eigenthümer des Grundstücks, an welchem die Aenderung vorgenommen worden ist[15], so daß der Abändernde nicht mehr haftet, wenn er das Eigenthumsrecht am Grundstück verloren hat[16]. Dem Eigenthümer steht gleich der Nießbraucher, Emphyteuta und Superficiar[17]. Gegen den Eigenthümer, welcher die

---

wiß „aedificia", so daß die Stelle sagen will, daß die actio aquae pluviae arcendae in den Vorstädten so wenig Anwendung finde, wie in der Stadt selbst. Vgl. Schneider S. 357—358, Schmidt S. 106—108, Hesse S. 233—241. Seuff. Arch. VII. 47, X. 259.

13 Restitutio: l. 6 §. 6 l. 22 §. 1 D. h. t. Tollere opus: l. 6 §. 7 l. 7 D. h. t. L. 24 §. 2 l. 25 §. 1 D. h. t.

14 L. 6 §. 6. 8 l. 14 §. 3 D. h. t., vgl. l. 6 §. 4 l. 11 §. 3 l. 14 §. 2 eod. In Beziehung auf den früher entstandenen Schaden verweist l. 14 §. 3 cit. auf das interdictum quod vi aut clam. D. h. also: für den früher entstandenen Schaden kann Ersatz begehrt werden nur, wo die Voraussetzungen des bezeichneten Interdicts gegeben sind. Es versteht sich aber von selbst, daß im heutigen Prozeß der Richter, wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, dem Antrag auf Ersatz auch des früheren Schadens ohne Weiteres Folge geben muß, und daß der Kläger nicht etwa ausdrücklich zu erklären braucht, er stelle neben der actio aquae pluviae arcendae auch das interdictum q. v. a. cl. an.

15 L. 4 §. 2 l. 18 pr. D. h. t. Daher entsteht die actio aquae pluviae arcendae nicht aus einer Anlage, welche auf einem locus publicus gemacht worden ist, l. 3 §. 3 l. 18 pr. D. h. t. Vgl. übrigens Seuff. Arch. X. 169, XVI. 116. — Mehrheit der Eigenthümer: l. 6 §. 1. 2 l. 11 §. 1—3 D. h. t.; Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 196 fg. Vgl. §. 299 Note 7.

16 L. 12. 13. 14 pr. D. h. t. (s. über diese Stelle Hasse Zeitschr. f. gesch. RW. III. 2), l. 16 i. f. eod. Jedoch befreit Veräußerung nach dem Streitbeginn nicht, l. 4 §. 1 D. h. t.; l. 16 i. f. D. h. t. ist wohl von der Veräußerung vor der litis contestatio zu verstehen, vgl. übrigens auch Schmidt S. 150 Note 80, Hesse S. 258. Ferner soll der Erbauer eines sepulcrum fortfahren zu haften, wenn er das Grundstück durch Einbringung eines Leichnams zum fundus religiosus mache, l. 4 pr. D. h. t. Veräußerung des Nießbrauchs befreit den Eigenthümer nicht, l. 22 pr. D. h. t.

17 Bezeugt ist die Gleichstellung (actio utilis) nur für den Nießbraucher l. 22 §. 2 D. h. t.; aber daß Emphyteuta und Superficiar bei ihrem weiter

Abänderung nicht selbst vorgenommen hat, geht der Anspruch nur auf Gestattung der Wiederherstellung[18]. — Ebenso steht der Anspruch zu dem Eigenthümer als solchem, nicht demjenigen, welcher zur Zeit der Abänderung Eigenthümer war[19]; neben dem Eigenthümer auch dem sonst an dem Grundstück dinglich Berechtigten[20].

7. Der Anspruch fällt weg gegenüber von Veranstaltungen, welche im Interesse der Fruchterzeugung nöthig sind[21]. Ferner kann sich der in Anspruch Genommene vertheidigen mit Berufung auf Gestattung des Gegners[22], obrigkeitliche Verfügung[23], Servitut[24], Unvordenklichkeit[25].

---

gehenden Recht nicht anders behandelt werden können, versteht sich von selbst. Vgl. auch l. 23 §. 1 D. h. t. (Note 20). Mit der l. 22 §. 2 cit. wird man die l. 3 §. 4 D. h. t. im Sinne der Justinianischen Compilation in der Weise in Einklang bringen müssen, daß die letztere nur die Klage gegen den nicht selbst abändernden Nießbraucher leugnet.

18 L. 4 §. 2. 3 l. 5 l. 6 §. 7 l. 7 §. 1 l. 11 §. 2 l. 12 D. h. t. Schmidt S. 150—154.

19 L. 6 §. 4 D. h. t. Jedoch nimmt Veräußerung nach dem Streitbeginn den Anspruch nicht, l. 16 D. h. t. Veräußerung des Nießbrauchs schadet dem Eigenthümer nicht, l. 22 pr. D. h. t. Mehrheit der Eigenthümer: l. 6 §. 1. 2 l. 11 §. 1. 4 D. h. t. Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 196 fg.

20 Für den Emphyteuta: l. 23 §. 1 D. h. t., l. 5 §. 3 D. arb. furt. caes. 47. 7. Der Superficiar fällt hier weg, weil das beeinträchtigte Grundstück ein Feldgrundstück sein muß. In Betreff des Nießbrauchers widersprechen sich l. 3 §. 4 und l. 22 pr. D. h. t. Dießer Widerspruch muß im Sinne der Compilation als zu Gunsten des Nießbrauchs gelöst deßwegen angesehen werden, weil dieselbe eine Stelle aufgenommen hat, in welcher sogar dem Inhaber einer Grunddienstbarkeit die actio aquae pluviae arcendae zugestanden wird, l. 25 D. h. t. Vgl. Schmidt S. 148. 149, Hesse S. 241. 242, auch Ihering Abhandlungen S. 138—140.

21 „Agri colendi causa". L. 1 §. 3—9. 15 l. 3 §. 2 l. 24 pr. D. h. t. Schneider S. 359—361, Schmidt S. 131—133, Hesse S. 226—229. Seuff. Arch. VII. 46, XVII. 48.

22 L. 19. 20 D. h. t.

23 L. 2 §. 3 l. 23 pr. D. h. t. Seuff. Arch. XIII. 252.

24 L. 2 §. 10 D. h. t.

25 L. 2 §. 3 D. h. t.

B. Verpflichtung zum Vorweisen.

§. 474.

Wer eine Sache innehat, ist verpflichtet, dieselbe einem Jeden vorzuweisen, welcher in Ansehung derselben einen Anspruch erheben will.

1. Vorweisen heißt: die Sache zu Jemandem in ein solches körperliches Verhältniß bringen, daß derselbe sich über ihre Identität und Beschaffenheit unterrichten kann [1]. Vorweisen ist nicht Herausgeben [2]; wenn aber der Anspruch, welchen der die Vorweisung Begehrende auf die Sache selbst erhebt, von dem Innehaber nicht bestritten wird, so ist das Resultat der Vorweisung allerdings das gleiche, als wenn die Sache herausgegeben worden wäre [3]. Ist die Sache als Bestandtheil mit einer andern verbunden, so setzt Vorweisung Trennung voraus [4].

2. Berechtigt, Vorweisung zu verlangen, ist Jeder, welcher einen Anspruch in Ansehung der Sache geltend machen will [5], d. h.

---

§. 474. * Dig. 10. 4. Cod. 3. 42 ad exhibendum. — Glück XI S. 167 fg.; Unterholzner II S. 141—153, Sintenis II S. 776—780, Vangerow III §. 707. 708, Holzschuher III §. 321. 322.

[1] L. 2 (Note 5) l. 9 §. 5 D. h. t., l. 3 §. 8 D. de tab. exh. 43. 5, l. 3 §. 8 D. de hom. lib. exh. 43. 29, l. 22 l. 246 pr. D. de V. S. 50. 16.

[2] L. 22 l. 246 D. de V. S. 50. 16.

[3] Daraus erklären sich l. 3 §. 11 l. 5 §. 2—6 l. 9 §. 1 l. 15 D. h. t., l. 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 16 D. de praescr. verb. 19. 5. Seuff. Arch. VIII. 49.

[4] L. 6 pr. l. 7 §. 1. 2 D. h. t., l. 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1. Vgl. I §. 189 Note 4.

[5] L. 2 D. h. t. „Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia". L. 9 §. 5 D. h. t.: — „ut quis copiam rei habens possit exsequi actione(m), quam destinavit" (über die Lesart des Folgenden s. Vangerow S. 664 und die das. Citirten, Mommsen in seiner Ausgabe ad h. l.). In anderen Stellen wird die actio ad exhibendum Jedem zugeschrieben, cuius interest (l. 3 §. 9. 12 l. 7 §. 7 l. 13 l. 19 D. h. t.); aber daß dieß ein zu allgemeiner Ausdruck sei, erkennen die Quellen selbst an (l. 3 §. 11 l. 19 D. h. t.). L. 3 §. 14 D. h. t. bezieht sich nur auf die Vorweisung von Urkunden, s. unten bei Nr. 6. Doch erklärt auf Grund dieser Stelle ein jedes rechtliche Interesse zur Begründung der actio ad exhibendum für hinreichend das Urtheil bei Seuff. Arch. XVI. 48. — Muß der Anspruch, um dessentwillen Vorweisung begehrt wird, ein Vermögensanspruch sein? Da-

einen Anspruch entweder auf die Sache, oder gegen die Sache[6]. Der Anspruch kann ein dinglicher[7] oder ein obligatorischer sein[8]. Er kann auch ein alternativer sein, und die Vorweisung zum Zweck der Wahl begehrt werden[9]. Wird der Anspruch vom Innehaber bestritten, so tritt summarische Cognition ein[10]. Es versteht sich von selbst, daß bei Erhebung des Anspruchs das Vorzuweisende in hinreichend genauer Weise bezeichnet werden muß[11].

3. Verpflichtet zur Vorweisung ist Jeder, welcher als Innehaber der Sache zur Vorweisung im Stande ist[12]. Juristischer Besitz ist zur Begründung der Verpflichtung weder nothwendig[13], noch hinreichend[14]. Wie der Innehaber haftet aber derjenige, welcher sich arglistigerweise des Innehabens entäußert hat[15]

---

wider spricht l. 12 pr. D. h. t. (vindicatio in libertatem); dafür beruft man sich (Glück XI S. 177, Unterholzner S. 143, Vangerow S. 664) auf l. 13 D. h. t., indem man an die Stelle der Lesart der Florentina „peculiariter" die den Basiliken entsprechende „pecuniariter" setzt (so auch Mommsen in seiner Ausgabe). Aber die Lesart der Florentina hat guten Sinn: der Anspruch muß ein Privatanspruch sein, nicht ein Anspruch, durch welchen Erfüllung einer allgemeinen Bürgerpflicht verlangt wird, wie das in dem von der l. 13 cit. ausgeschlossenen Fall (Freiheitsberaubung) allerdings der Fall ist (vgl. l. 3 §. 9 D. de hom. lib. exh. 43. 29). Vgl. Seuff. Arch. VIII. 223.

6 Gegen die Sache: damit soll der Fall der actio noxalis wegen (des Delicts eines Sclaven oder) der Beschädigung durch ein Thier bezeichnet sein. L. 3 §. 7 l. 12 §. 2 D. h. t., vgl. l. 2 C. h. t.

7 Der Hauptfall ist der des Eigenthumsanspruches. L. 1 D. h. t. „Haec actio . . . maxime propter vindicationes inducta est". L. 3 §. 12 l. 12 §. 2 D. h. t., l. 1. 6. 8 C. h. t. Sonstige dingliche Ansprüche: l. 3 §. 3. 4. 12 D. h. t. (Vindicatio in libertatem: l. 12 pr. D. h. t.)

8 L. 3 §. 5. 12 D. h. t.

9 L. 3 §. 6. 10 l. 12 §. 2 D. h t., l. 8 §. 3 D. de opt. leg. 33. 5.

10 L. 3 §. 9. 13 D. h. t. Ueber den Begriff des „summatim cognoscere" vgl. die gemeine Meinung bei Wetzell Civilproz. §. 29 Note 2. 21 fg., und die abweichende Ansicht von Briegleb Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse S. 240—245. 358—359. Seuff. Arch. IV. 10. — Führung des Beweises durch Calumnieneid? L. 15 D. h. t., Wetzell a. a. O. Note 24 fg.

11 L. 3 pr. D. h. t. Seuff. Arch. IX. 38.

12 L. 5 pr. i. f. §. 6 D. l. 7 C. h. t.

13 L. 3 §. 15 — l. 5 §. 1 l. 12 §. 1 l. 15 D. h. t.

14 L. 5 §. 6 D. h. t.

15 Er haftet auf das Interesse, d. h. auf Alles, was der Kläger gehabt haben würde, wenn ihm die Sache vorgewiesen worden wäre, und er in Folge

sowie derjenige, welcher sich arglistigerweise als Innehaber auf den Prozeß einläßt[16].

4. Verliert der auf Vorweisung Belangte die Innehabung nach Beginn des Prozesses, so gelten die gewöhnlichen Grundsätze[17]. Ebenso gelten die gewöhnlichen Grundsätze in Betreff des sonstigen Einflusses des Prozesses auf den Vorweisungsanspruch[18].

5. Der Anspruch auf Vorweisung findet der Natur der Sache nach seine Hauptanwendung bei beweglichen Sachen[19], ist aber bei unbeweglichen nicht unbedingt ausgeschlossen[20].

6. Besonderes ist bestimmt über die Verpflichtung zur Vorweisung von Urkunden: Vorweisung einer in den Händen eines Andern befindlichen Urkunde kann Jemand schon auf Grund davon verlangen, daß die Urkunde eine Bekundung über eine Thatsache enthält, welche auf die Gestaltung seiner Vermögensverhältnisse eingewirkt hat[21]. — Ueber die Verpflichtung zur

---

davon den Hauptanspruch hätte erheben können. Daher vertritt in diesem Fall die actio ad exhibendum den Hauptanspruch (das „iudicium directum", l. 3 §. 13 l. 17 D. h. t.). Der dabei an und für sich erforderliche Beweis des Hauptanspruches geht auf in dem dem Kläger nach allgemeinen Grundsätzen (I §. 133 Note 15—17) gestatteten Würderungseid. L. 5 §. 2 l. 8 l. 9 pr. — §. 4 l. 14. 15 D. l. 5 C. h. t., l. 11 i. f. D. de R. C. 12. 1, l. 23 §. 6 D. de R. V. 6. 1, l. 1 §. 2 D. de tigno iuncto 47. 3, §. 2 I. quib. al. 2. 8.

16 Dieß ist nicht ausdrücklich bezeugt, aber bei der sonstigen Gleichstellung zwischen demjenigen, qui liti se obstulit, und demjenigen, qui dolo desiit possidere (I §. 196 Note 8), wohl unzweifelhaft. Arndts §. 346 Note 3.

17 L. 7 §. 5. 6 l. 12 §. 4 D. h. t., und vgl. dazu I §. 124 Note 9 (aber auch II §. 280 Note 15).

18 L. 9 §. 6. 7. 8 l. 11 pr. l. 17 D. l. 7 C. h. t., und vgl. dazu I §. 124 Note 1. 3. — Gehorcht der Verurtheilte dem Urtheil nicht, so hat der Kläger die Wahl zwischen Naturalexecution und Forderung des durch seinen Eid bestimmten Interesse. L. 3 §. 2 D. l. 4 C. h. t.; vgl. I §. 193 Note 1—3 (Wetzell Civilproz. 2. Aufl. S. 588).

19 Daher l. 56 D. de proc. 3. 3, l. 38 D. de iud. 5. 1, l. 1 §. 6 D. de vi 43. 16.

20 S. das Erk. des OAG. zu Cassel bei Seuff. Arch. XVI. 48; auch l. 8 D. h. t.

21 L. 3 §. 14 D. h. t., l. 18 eod., l. 9 C. eod., l. 7 C. de edendo 2. 1. Ein hierher gehöriges Erkenntniß des OAG. zu München in den Bl. f. RAnwendung in Bayern N. F. X Nr. 15. — Speciell war im prätorischen Edict vorgesehen die Editionspflicht der argentarii und nummularii, l. 4—13

Vorweisung einer Testamentsurkunde ist im Erbrecht, über die Verpflichtung zur Vorweisung einer in den Händen des Prozeßgegners befindlichen, auf den geführten Prozeß bezüglichen Urkunde im Prozeßrecht zu handeln[22].

C. Alimentationsverbindlichkeit.*

§. 475.

Eine Alimentationsverbindlichkeit kann begründet werden durch Vertrag[1], Vermächtniß[2], Delict[3]. Sodann besteht eine gesetzliche Alimentationsverbindlichkeit zwischen Ascendenten und Descendenten[3a], und zwar als gegenseitige, so daß sowohl diese jene, als jene diese zu alimentiren verpflichtet sind[4]. Von den Ascendenten haftet zuerst der Vater, dann die Mutter, dann die Großältern und weiteren Ascendenten[5]. Die Verbindlichkeit setzt

---

D. de edendo 2. 13. Vgl. darüber Wetzell Civilproz. §. 24 Note 11 fg. Die viel weiter gehende l. 22 C. de fide instrum. 4. 21 ist nicht glossirt. Vgl. über die Lehre überhaupt: Vangerow §. 708 Nr. I, Bayer Vorträge S. 955 fg., Wetzell Civilproz. §. 24 Note 102. 103. Seuff. Arch. I. 134.

22 Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. II, Bayer Vorträge S. 962 fg., Wetzell Civilproz. §. 24 Note 104. 105.

* Unterholzner II S. 568—584.

1 Vgl. l. 8 C. de rer. perm. 4. 64, l. 1 C. de don. quae sub modo 8. §. 475.
55. Eine besonders wichtige Anwendung findet der Alimentenvertrag im deutschen Recht bei der bäuerlichen Gutsübergabe.

2 Dig. 34. 1 de alimentis et cibariis legatis.

3 Vgl. l. 7 D. de his qui effud. 9. 3.

3a Glück XXVIII S. 50 fg.; Sintenis III S. 129—137, Holzschuher I §. 66 Nr. 5—18 und III §. 324, Reinhard Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. 5.

4 L. 5 pr. §. 1—6. 13 D. de agnosc. et alendis liberis vel parentibus 25. 3, l. 1—4 C. de alendis liberis ac parentibus 5. 25, l. 8 §. 5 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 5 C. de patr. pot. 8. 47, Nov. 117 c. 7.

5 Von Anderen wird behauptet, daß die väterlichen Ascendenten vor der Mutter haften (s. die bei Glück XXVIII S. 209 Citirten, Puchta §. 316, Arndts §. 348), wenigstens dann, wenn sich die Descendenten in ihrer Gewalt befinden (Glück a. a. O., Sintenis S. 131, Seuff. Arch. XI. 154). Aber dafür läßt sich ein Beweis aus den Quellen nicht erbringen. L. 8 D. h. t., auf welche man sich vorzüglich beruft, setzt voraus, daß die Mutter (als vermögenslos oder gestorben) nicht in Betracht komme; will man dieß nicht annehmen, so muß man auf Grund der genannten Stelle auch die

hinreichendes Vermögen auf der einen Seite[6], Mangel auf der anderen voraus[7]; ferner daß der Fordernde sich nicht seinerseits gegen die verwandtschaftlichen Pflichten verfehlt habe[8]. Das Maß der Alimente ist nach den Verhältnissen zu bestimmen, namentlich nach dem Stande des Berechtigten und dem Vermögen des Verpflichteten[9]. Zu den Alimenten gehört aber nur das zur Erhaltung und Pflege des Körpers[10], nicht auch das zur Entwicklung und Ausbildung des Geistes Erforderliche[11]; doch sind Aeltern ihren Kindern gegenüber zur Gewährung des Letzteren (Erziehungskosten) ebenfalls verpflichtet[12]. Die Erben

---

mütterlichen Ascendenten vor der Mutter haften lassen („nisi pater aut non sit superstes aut egens est"). Auch nennt Nov. 117 c. 7 hinter dem Vater nur die Mutter. — Daß nicht die väterlichen Ascendenten vor den mütterlichen haften: Seuff. Arch. XIII. 265. S. auch Holzschuher I §. 66 Nr. 18. — Daß die Alimentationsverbindlichkeit des in zweiter Linie Haftenden auch bei Auswanderung des in erster Linie Haftenden eintrete: Seuff. Arch. III. 266.

6 L. 5 §. 13 D. l. 2 C. h. t. Holzschuher I §. 66 Nr. 7. Seuff. Arch. I. 233, VI. 204, X. 262, XII. 45. 169 (IX. 90 Nr. 3), XIV. 43.

7 L. 5 §. 7. 13 vgl. §. 19. 25 D. h. t., l. 8 §. 5 C. de bon. quae lib. 6. 61. Puggé Rhein. Mus. III S. 569—574. Seuff. Arch. X. 179, XII. 45. 169. Ueber die Beweislast s. die Aufsätze von Hofmann und Scholz dem Dritten in Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVI. 4 u. XVIII. 4.

8 L. 4 C. h. t. „Si patrem tuum officio debito promerueris, paternam pietatem tibi non denegabit". L. 5 §. 11 vgl. §. 23 D. h. t. Puggé a. a. O. S. 559—568, Reinhard a. a. O. S. 150 fg., Holzschuher I §. 66 Nr. 11. Seuff. Arch. V. 285 a. E.

9 L. 5 §. 7. 10 vgl. §. 19. 25 D. l. 3. 4 C. h. t., l. 1 §. 19 D. de ventre in po. 37. 9. Vgl. Nov. 89 c. 12 §. 6: „secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam".

10 L. 6. 23 D. de alim. leg. 34. 1, l. 5 pr. l. 1 §. 19 D. de ventre in po. 37. 9, l. 43. 44 l. 234 §. 2 D. de V. S. 50. 16. Ueber das Einzelne s. Walther Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 361 fg. Natural- oder Geldprästation? Puggé a. a. O. S. 574 fg.; Seuff. Arch. X. 264. Nachzahlung für die Vergangenheit? Seuff. Arch. XII. 273.

11 L. 6 D. de alim. leg. 34. 1, l. 6 §. 5 D. de Carb. ed. 37. 10, l. 4 D. ubi pup. 27. 2. A. M. mit Unrecht Walther a. a. O. S. 371 fg., wo auch über abweichende Meinungen Anderer berichtet ist. S. auch Sintenis Anm. 56.

12 L. 5 §. 12 D. h. t., l. 6 §. 5 D. de Carb. ed. 37. 10. Unterholzner S. 575, Sintenis a. a. O., Reinhard a. a. O. S. 145—146.

des Verpflichteten haften nur im Falle äußerster Noth des Berechtigten[13]. — Uneheliche Kinder haben der Regel gemäß einen Alimentationsanspruch gegen ihre Mutter und deren Ascendenten, wie eheliche[14]; außerdem aber[15] nach Gewohnheitsrecht[16] auch gegen denjenigen Mann, welcher innerhalb der kritischen Zeit[17] mit der Mutter den Beischlaf vollzogen hat[18]. Diese letztere Verbind-

[13] L. 5 §. 17 D. h. t. Wenn man die Verpflichtung des Erben an die fernere Voraussetzung knüpft, daß der Erblasser bei seinen Lebzeiten schon Alimente verabreicht habe (Holzschuher I §. 66 Nr. 14, Seuffert §. 449, Seuff. Arch. VI. 205), so findet das in der citirten Stelle keine Rechtfertigung („dabit"). Eher rechtfertigt diese Stelle die Beschränkung auf den Vater (wo man aber dann neben den Großältern auch die Mutter ausschließen muß).

[14] L. 5 §. 4 D. h. t.

[15] Vgl. zum Folgenden: Glück XXVIII S. 183 fg. (1826). Busch theoretisch-praktische Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen gegen ihre Verführer und der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger S. 214 fg. (1828). Gett über die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft S. 84—207 (1836). Ferner: Spangenberg Arch. f. civ. Pr. I. 5 (1820). Kaucher das. III. 26 (1822). Busch in Elvers' Themis II. 7 (1829). Kämmerer das. II. 8 (1829). Duntze Arch. f. civ. Pr. XII. 7 (1829). Heerwart das. XIV. 18 (1831). v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 21 (1832). Heerwart Arch. f. civ. Pr. XVII. 3 (1834). Busch das. XXIII. 7 (1841). Heerwart Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII. 9 (1842). v. Buttel Arch. f. d. Praxis des in Oldenburg geltenden R. I. 3 (1844). Schömann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I. 4 (1845). v. Preuschen das. IV. 4 (1847). Busch Arch. f. civ. Pr. XLVI. 10 (1863). Sintenis I S. 131—133, Vangerow I §. 260 Anm., Holzschuher I §. 49.

[16] Dieses Gewohnheitsrecht (vgl. Schömann S. 131) hat sich namentlich angeschlossen an c. 5 X. de eo qui duxit in matr. 4. 7, obgleich diese Stelle nach der unzweifelhaft richtigen Auslegung nichts von den Grundsätzen des römischen Rechts Abweichendes enthält, s. auch c. 13 X. qui filii sint leg. 4. 17. Vgl. Spangenberg S. 88 fg., Kaucher S. 442 fg., Schröter S. 308, Schömann S. 128—130. Das römische Recht gewährt den unehelichen Kindern einen Alimentationsanspruch gegen den unehelichen Vater nicht, erst Nov. 89 c. 12 §. 6 c. 13. 15 den Concubinenkindern.

[17] D. h. innerhalb des 182. und 300. Tages vor der Geburt. S. I §. 56b Note 3. Vgl. Holzschuher I §. 49 Nr. 6. 7. Seuff. Arch. I. 227, V. 175, IX. 124. 162, X. 170, XII. 161, XIII. 123, XV. 98, XVII. 115, XVIII. 108. 109 (vgl. auch I. 161, VI. 210 a. E., VIII. 229, XI. 11, XII. 36).

[18] Der aufgestellte Satz selbst ist vollkommen unbezweifelt: aber welches ist sein Grund? Hierüber gibt es zwei entgegengesetzte Meinungen. Nach

lichkeit wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Mutter sich in der gleichen Zeit mit mehreren Männern in geschlechtliche Verbindung eingelassen hat[19]; diese Mehreren haften soli-

der einen ist die Verpflichtung des Concumbenten eine Delictsobligation; so Bülow u. Hagemann Erörterungen IV. 70, Kämmerer S. 225 fg., Dunze S. 130, Puchta §. 316 und Vorl. dazu, vgl. auch Glück XXVIII S. 197. Nach einer andern Meinung haftet der Concumbent als Vater (Glück S. 184, Gett §. 28, Heerwart XIV S. 435—442, XVII. 3 und XVII. 9), oder, wie Andere es ausgedrückt haben (v. Schröter S. 309—313, Busch XXIII. 3 und XLVI S. 218, v. Buttel S. 66 fg., Schömann S. 133 fg.) aus der Thatsache der Erzeugung (vgl. Note 21). M. E. ist der Delictsstandpunkt als solcher (s. diese Note a. E.) unhaltbar (vgl. gegen denselben Heerwart XIV S. 436, v. Schröter S. 310, v. Buttel S. 64. 65, Vangerow S. 482); wie kann man sagen, daß der Vater gegen das Kind durch Hervorrufung seiner Existenz ein Delict begehe? Aber auch die zweite Auffassung halte ich nicht für gerechtfertigt. Der Schluß von dem Beischlaf auf Vaterschaft oder Erzeugung ist anerkanntermaßen kein nothwendiger Schluß: warum soll er denn hier gemacht werden? Man meint: daß der Concumbent wirklich der Vater sei, ist sicher, sobald es sicher ist, daß die Mutter mit einem andern Manne sich nicht in Geschlechtsverbindung eingelassen habe; dieß wird aber stillschweigend angenommen, bis der in Anspruch Genommene das Gegentheil bewiesen hat. Aber warum soll es stillschweigend angenommen werden? Trägt man in den gewohnheitsrechtlichen Satz nichts hinein, was er nicht enthält, so kommt man nicht weiter, als dahin: der Concumbent haftet als möglicher Vater. Und wenn gefragt wird, wie kommt das Recht hier dazu, die Möglichkeit der Wirklichkeit gleichzustellen? so ist die Antwort diese: weil der Concumbent eine unerlaubte Handlung begangen hat. So kommt auch der Delictsstandpunkt wieder zu seinem Rechte.

19 Sie alle sind mögliche Väter. Die zweite der vorhin erwähnten Auffassungen führt umgekehrt dazu, die s. g. exceptio plurium concumbentium (constupratorum) als zulässig anzuerkennen, und daher keinen der Concumbenten haften zu lassen, wie dieß wirklich thun Gett S. 142 fg. und die das. Citirten, Busch theor.-prakt. Darstellung ꝛc. S. 325, Themis S. 189. 190, Arch. XXIII S. 228 fg., Heerwart XIV S. 447 fg., v. Preuschen a. a. O. Nur Schröter hat es versucht, auch von dieser Auffassung aus die Unzulässigkeit der genannten Einrede zu rechtfertigen; aber der Trugschluß, welchen er dabei macht (S. 313) liegt auf der Hand (s. dawider auch Busch Arch. XXIII S. 229 fg.). — Eine wunderliche Modification der Zulässigkeitstheorie (Busch theor.-prakt. Darstellung ꝛc. S. 245 fg.) ist die, daß ein Anspruch gegen die mehreren Concumbenten doch wieder im Falle der Unvermögendheit der Mutter begründet sei (actio in factum ex lege Aquilia, weil jeder Concumbent das Kind in die Lage versetzt habe, die Paternitätsklage nicht geltend machen zu können, — dawider Heerwart XIV S. 450 fg.,

darisch[20]. Mit dem Manne haften nicht auch seine Ascendenten[21], wohl dagegen seine Erben nach der für Delictsansprüche geltenden Regel[22]. Daß der Mann Ehemann ist, schließt seine Verbindlichkeit nicht aus[23], wohl, daß die Mutter Ehefrau ist[24]. [25]

---

vgl. auch Schömann S. 134 fg.). Auch die Meinung ist aufgestellt worden, daß von den mehreren Concumbenten derjenige hafte, dessen Beischlaf der Zeit nach mit der Niederkunft der Mutter am besten zusammentreffe. Waldeck Controversenentscheidungen des OAG. zu Wolfenbüttel I S. 192—207; dawider Busch in dem Aufsatz in der Themis. — Gegen die Zulässigkeit der exc. plurium concumbentium, zum Theil mit Berufung auf den gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauch: Seuff. Arch. IV. 51, IX. 167, X. 171, XVI. 17; dafür VII. 183 (Plenarbeschluß des OAG. zu München), vgl. auch XVIII. 253. Ueber die Behandlung dieser Einrede in der Particulargesetzgebung s. Busch XLVI S. 219 fg.; über die Verhandlungen des dritten deutschen Juristentages in Betreff derselben, das. S. 223 fg.

[20] Die Meinung, daß die mehreren Concumbenten jeder pro rata haften, läßt sich in keiner Weise rechtfertigen.

[21] Das Gegentheil müssen diejenigen annehmen, welche den Vaterschaftsstandpunkt festhalten; doch geschieht es nicht immer, s. Glück S. 221 fg., Gett S. 97—99, Vangerow a. a. O. Nr. 6. Der bezeichneten Consequenz glauben diejenigen entgehen zu können, welche die Alimentationsverpflichtung nicht auf die Vaterschaft (Verwandtschaft), sondern auf die Thatsache der Erzeugung gründen. „Als ob man nicht eben durch die Erzeugung der Vater und also verwandt würde"! (Keller Pand. S. 783.). Vgl. auch Holzschuher a. a. O. Nr. 2 und III S. 1096. 1097. Gegen die Verbindlichkeiten der Ascendenten: Seuff. Arch. III. 175, IV. 50.

[22] Also mit Beschränkung auf die Kräfte der Erbschaft. Dieß kann zweifelhaft erscheinen, da ja nach der hier vertretenen Ansicht die Obligation ihren Grund nicht in einem Delict als solchem hat. Aber ohne Berücksichtigung der Unerlaubtheit der Handlung würde das Recht die Obligation nicht verhängt haben. — Der Uebergang der Obligation auf die Erben des Concumbenten scheint in der Praxis nie bestritten worden zu sein. Busch XXIII S. 222. 223 und dazu Heerwart Zeitschr. XVII S. 331. 334, Holzschuher a. a. O. Nr. 26 und III S. 1094, Seuff. Arch. XI. 42, XIX. 47. Das Argument, welches sich daraus gegen die Vaterschaftstheorie ergibt, liegt auf der Hand. Der Uebergang wird aber eben auf Grund der Vaterschaftstheorie geleugnet von Heerwart XIV S. 441 und XVII S. 335, Vangerow Nr. 3, während die Erzeugungstheorie sich auch gegen diese Consequenz gedeckt glaubt, Schröter S. 312.

[23] Das römische Recht, welches den adulterini und den incestuosi allen Alimentationsanspruch versagt (Nov. 74 c. 6, 89 c. 15), ist durch Gewohnheitsrecht auch in dieser Beziehung überwunden worden. Vgl. die oben citirten

Geschwister haben einen Alimentationsanspruch gegen einander nicht[26]. Ueber den Alimentationsanspruch zwischen Ehegatten s. die Lehre von der Ehe[27].

Aufsätze von Spangenberg, Kaucher, Duntze, Schröter; auch Holzschuher Nr. 4.

[24] Die entgegengesetzte Ansicht wird namentlich von Schröter a. a. O. verfochten. Aber das von einer Ehefrau geborene Kind hat, auch wenn der Ehebruch der Mutter nachgewiesen ist, rechtlich zum Vater den Ehemann derselben (I §. 56[b] Note 2), und das Recht kann nicht den Einen als wirklichen Vater anerkennen, und daneben einen Andern als möglichen Vater behandeln. S. auch Heerwart Arch. XVII S. 86 fg., Vangerow Nr. 2. Die Ansicht von Schröter liegt dem Urtheil bei Seuff. Arch. IV. 234 zu Grunde, vgl. auch XVII. 50; dawider das. II. 186. 296, VI. 46, X. 54 (V. 176), Buchka und Budde Entscheidungen III. 38.

[25] Fernere Fragen. 1) Haftet auch der unzurechnungsfähige Concumbent? Nach der hier vertretenen Auffassung: nein. A. M. Heerwart XIV S. 438, Vangerow Nr. 5; Seuff. Arch. VI. 47, XII. 162. 2) Kann der Concumbent seiner Verpflichtung auch dadurch genügen, daß er sich erbietet, das Kind bei sich aufzuziehen? Nein; denn er ist nicht Vater, und kann nicht verlangen, daß die Mutter sich von dem Kinde trenne. Für diese Entscheidung: Kämmerer in der Themis II. 8, Busch XXIII S. 235 fg., Buttel S. 70, Seuff. Arch. IV. 230, XII. 163; a. M. Gett S. 116, Heerwart XIV S. 442 fg. und Zeitschr. XVII S. 343 fg., Fabricius Jahrb. d. gem. R. VI. 10. Vgl. auch Holzschuher a. a. O. Nr. 9. 10 und III S. 1094. 1095. 3) Welches Recht entscheidet, das Recht des Ortes des vollzogenen Beischlafs oder das Recht des Wohnorts des Concumbenten? Läßt man überhaupt für Delictsobligationen das Recht des Delictsortes maßgebend sein (vgl. I §. 35 Note 8), so muß man auch hier für die erste Alternative entscheiden (Note 22). Vgl. Holzschuher Nr. 27 und die das. Citirten; Seuff. Arch. XIV. 196 und die das. citirten Urtheile. 4) Umfang der Alimentatationsverbindlichkeit: Gett S. 107 fg. 110 fg., Holzschuher Nr. 10[a]. 14; Seuff. Arch. VI. 203, X. 53, XI. 245, XII. 35. 5) Zeitliche Grenze: Gett S. 114 fg., Holzschuher Nr. 8; Seuff. Arch. I. 228, VII. 49, XI. 41; VI. 202, XII. 273, XVII. 250. Buchka u. Budde Entscheidungen V S. 297. 298. 6) Klage der Mutter: Holzschuher Nr. 5; Seuff. Arch. IV. 49, XI. 43, XVII. 49. 50; II. 55. 7) Beweis: Seuff. Arch. VI. 201, XVII. 247.

[26] Man (namentlich Thibaut Versuche I. 12) hat es behauptet wegen l. 4 D. ubi pup. 27. 2, l. 1 §. 2 D. de tutelae 27. 3 in Verbindung mit l. 12 §. 3 l. 13 §. 2 D. de adm. et per. 26. 7. S. dagegen Müller Arch. f. civ. Pr. XIII. 13, Vangerow I §. 260 Anm. 2. Vgl. Holzschuher a. a. O. Nr. 9 u. III S. 1096.

[27] §. 491 Note 1, §. 493 Note 3.

V. Haftung für Verbindlichkeiten Anderer.

A. Bürgschaft *.

1. Begriff und Abschluß.

§. 476.

Die Bürgschaft hat den gleichen Zweck, wie die Verpfändung: einem Gläubiger Sicherheit zu geben für die Befriedigung seiner Forderung. In der Verpfändung wird dieser Zweck dadurch erreicht, daß an die Forderung eine Sache gebunden wird, durch deren Verwerthung der Gläubiger sich selbst Befriedigung verschaffen kann; in der Bürgschaft wird der bezeichnete Zweck dadurch erreicht, daß dem Gläubiger ein zweiter Schuldner gegeben wird, an welchen er sich halten kann, wenn er von seinem eigentlichen Schuldner, dem Hauptschuldner, nicht befriedigt wird. Im Uebrigen kann der Bürgschaftsvertrag noch einen verschiedenen Inhalt haben. 1) Der Bürge nimmt die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich; er begründet nicht eine neue Verbindlichkeit für sich, sondern erstreckt die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich, so daß er neben demselben Correalschuldner wird. 2) Der Bürge begründet für sich eine besondere Verbindlichkeit, welche aber zum Inhalt die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat; er macht sich neben demselben zum (bloßen) Solidarschuldner. 3) Der Bürge begründet für sich eine besondere Verbindlichkeit, welche zum Inhalt nicht die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat, sondern den Ersatz des Schadens, welcher dem Gläubiger durch Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners erwachsen werde. Das römische Recht hat für jede dieser Willensrichtungen eine besondere Vertragsform ausgebildet, und stellt jede dieser Vertragsformen unter ihre besonderen Regeln. Der ersten Wil-

* Inst. 3. 20 de fideiussoribus. Dig. 46. 1 Cod. 8. 41 de fideiussoribus et mandatoribus. — Girtanner die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht (1850. 1851). Kritz Pandektenrecht Thl. I Bd. 1 S. 115—239 (1835). Liebe im Rechtslexicon V S. 512—525 (1844). Vangerow III §. 578. 579, Unterholzner II S. 801—849, Sintenis II S. 826—836. §. 476.

lensrichtung entspricht die fideiussio [1], der zweiten das constitutum [2], der dritten das mandatum [3]. Auch im heutigen Recht ist es nicht ausgeschlossen, daß die Parteien einen dieser Wege zur Erreichung des Bürgschaftszweckes mit Abweisung der übrigen erwählen und als gewollt unzweifelhaft bezeichnen: wenn sie dieß aber nicht gethan, sondern sich darauf beschränkt haben, nur im Allgemeinen den Bürgschaftswillen, mit oder ohne Gebrauch des Wortes Bürgschaft, auszudrücken, so darf 1) nicht angenommen werden, daß die Parteien einen bloßen Schadloshaltungsvertrag gewollt haben [4]; 2) was den Gegensatz zwischen fideiussio und constitutum angeht, so ist zu sagen, daß das Bewußtsein der Parteien für diesen Gegensatz im Zweifel unempfindlich ist [5]; wo sich aber

---

[1] Die fideiussio wurde durch Stipulation mit Gebrauch des Wortes fideiubere („idem fide tua esse iubes"?) geschlossen. Im klassischen Recht dienten dem gleichen Zweck noch zwei andere Stipulationsformen, die sponsio („idem dari spondes"?) und die fidepromissio („idem fidepromittis"?), für welche auch in mannichfacher Beziehung besonderes Recht galt; im Justinianischen Recht sind dieselben verschwunden. Vgl. mit Gai. III. 115—127 den Titel der Institutionen de fideiussoribus. Girtanner S. 4—46, Bekker proz. Consumption S. 182—207. Wo in der Justinianischen Compilation das Wort spondere vorkommt, geht es auf die (Stipulations-) Bürgschaft überhaupt; vgl. §. 1. 3. 4. 8 I. de mand. 3. 26, l. 26. C. h. t. Girtanner S. 102—105.

[2] Das s. g. constitutum debiti alieni. Dasselbe bedurfte, wie jedes constitutum, der Stipulationsform nicht. Vgl. über das constitutum überhaupt oben §. 284; über die Anwendung desselben auf fremde Schulden l. 2 l. 5 §. 2—4 l. 26—28 D. de pec. const. 13. 5. Zimmern in sein. u. Neustetel's römisch-rechtlichen Untersuchungen S. 255 fg., Girtanner S. 47—59, Bruns Zeitschr. f. RGesch. I S. 97—101.

[3] Das s. g. mandatum qualificatum. S. §. 412 Nr. 2 und speziell Note 19 u. 20; Zimmern in dem in der vorigen Note citirten Aufsatz, Girtanner S. 60—72.

[4] Die Intention der Parteien ist im Zweifel darauf gerichtet, daß der Bürge schuldig werden solle, was der Hauptschuldner schuldig ist, daß der Bürge verpflichtet werden solle, statt des Hauptschuldners zu leisten.

[5] Die Parteien wissen sehr genau, daß der Bürge verpflichtet werden soll, eine Verbindlichkeit zu erfüllen, die ihm materiell eine fremde ist; aber sie würden wohl regelmäßig sehr in Verlegenheit kommen, wenn sie Antwort auf die Frage geben sollten, ob sie wollen, daß diese Verbindlichkeit als solche auf den Bürgen übergehen solle, oder ob sie wollen, daß für denselben eine besondere Verbindlichkeit zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners entstehen solle.

ein Bedürfniß ergibt, zwischen dem Recht der fideiussio und dem constitutum zu unterscheiden, ist das erstere, nicht das letztere zur Anwendung zu bringen[6]. [7] —

Geschlossen wird der Bürgschaftsvertrag durch die Erklärung des Parteiwillens; einer Form bedarf diese Erklärung nicht. — Untersagt ist die Bürgschaft den Frauen[8]; für gewisse Verpflichtungen den Soldaten und Geistlichen[9].

2. Verpflichtung des Bürgen.

a) Im Allgemeinen.

§. 477.

Die Verpflichtung des Bürgen steht unter freiem richterlichen Ermessen; im Folgenden sind nur die Hauptpunkte angegeben[1].

---

[6] Dieß aus einem doppelten Grunde: a) weil wohl in der fideiussio, nicht aber in dem constitutum als solchem, die Bürgschaftsabsicht, d. h. die Absicht, nur zur Sicherheit des Gläubigers zu haften, ausgedrückt ist; das constitutum kann auch den Sinn haben, daß die Verpflichtung, die fremde Verpflichtung zu erfüllen, definitiv übernommen wird. b) Weil das Recht des constitutum in seiner Abweichung von dem Recht der fideiussio gar nicht als recipirt angesehen werden kann. S. Girtanner S. 163 fg.

[7] Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff der heutigen Bedeutung der römischen Unterscheidung zwischen den verschiedenen Bürgschafsformen s. Girtanner S. 163 fg. 373 fg., Liebe S. 515, Vangerow III S. 161. 162, Sintenis Anm. 36, Arndts §. 353, Samhaber Correaloblg. S. 173 fg., Bruns Zeitschr. f. RGesch. I S. 97 fg.

[8] Durch das SC. Velleianum, welches sich aber nicht bloß auf Bürgschaften bezieht. S. darüber §. 485 fg.

[9] Soldaten sollen nicht Bürgen werden für Pacht- und Miethverträge, l. 31 C. de loc. 4. 65; Geistliche sollen nicht Bürgen werden für Pachtungen von Gütern oder öffentlichen Gefällen, für Verwaltungen, für Führung fremder Prozesse, Nov. 123 c. 6. Jedoch ist die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmungen nicht allgemein anerkannt. Entschieden unanwendbar ist die Bestimmung in Betreff der curiales in l. 30 C. de loc. 4. 65. Vgl. Girtanner S. 143 fg. 283 fg. 368 fg. — Auf Grund von l. 1. 2 C. ne fideiussores dotium 5. 20 wird auch wohl ein Verbot der Bürgschaft für Restitution einer Dos behauptet; jene Stellen handeln aber nur von dem Recht, Bürgschaft zu verlangen. Glück XXVII S. 231, Girtanner S. 144.

[1] Der Bürgschaftsvertrag ist nach heutigem Recht bonae fidei contractus §. 477.
in dem Sinne, in welchem es bei den Römern Kauf, Miethe ꝛc. war. D. h.

1. Der Bürge ist nicht schuldig, wenn der Hauptschuldner nicht schuldig ist.

a) Besteht von allem Anfang an eine Verbindlichkeit für den Hauptschuldner nicht, der Bürge hat aber das Bestehen einer solchen irrigerweise angenommen, so wird auch der Bürge nicht verpflichtet[2]. Ist die Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit übernommen worden[3], so entsteht für den Bürgen eine Verbindlichkeit nur dann, wenn für den Hauptschuldner eine entsteht[3a]. Die Verbindlichkeit des Hauptschuldners braucht aber, um den Bürgen haftbar zu machen, keine juristische zu sein[4]; wenngleich nicht eine jede natürliche Verbindlichkeit hinreicht[5]. Von der anderen Seite haftet der Bürge nicht nur dann nicht, wenn die Hauptschuld an und für sich nicht besteht, sondern auch dann nicht, wenn sie durch eine Einrede entkräftet ist: die Einreden des Hauptschuldners stehen auch dem Bürgen zu[6]. Doch läßt dieser letztere Satz Ausnahmen zu[7]. Wo aber auch immer nach

---

die Parteien bezeichnen in demselben nur im Allgemeinen ihre Intention; sie legen aber nicht im Besonderen auseinander, was dieser Intention gemäß ist.

[2] L. 29 l. 37 l. 47 pr. l. 56 pr. §. 2 l. 70 §. 4 D. h. t., l. 1 §. 1. 6. 8. D. de pec. const. 13. 5 Wie sich zu den zuerst genannten Stellen l. 25 D. h. t. verhalte, bleibt dunkel. Vgl. Girtanner S. 20—26. — Irrthum über den Grund der Schuld schadet nicht. Seuff. Arch. V. 20. Ebenso wenig schadet der Irrthum über die Person des Gläubigers; wohl der über die Person des Schuldners. Seuff. Arch. IV. 225, V. 169; V. 168, VII. 19. Beweis des Irrthums? Seuff. Arch. II. 181. Beweis der Schuld durch Anerkenntniß des Hauptschuldners? Seuff. Arch. II. 185, XV. 23, XVII. 35.

[3] Was zuläſſig ist, l. 6 §. 2 D. h. t., l. 2 C. de pec. const. 4. 18; vgl. Girtanner S. 105 fg., Bruns Zeitschr. f. RGesch. I S. 71. 89.

[3a] L. 6 §. 2 cit.

[4] L. 6 §. 2 l. 7 l. 16 §. 3 D. h. t., §. 1 I. h. t., l. 1 §. 7 D. de pec. const. 13. 5.

[5] S. §. 288 Note 4, §. 289.

[6] L. 19 D. de exc. 44. 1, l. 32 D. h. t. (zu den Worten: „et quidem invito reo" vgl. Seuff. Arch. IX. 290 [II. 185]), §. 4 I. de replic. 4. 14; l. 7 §. 1 D. de exc. 44. 1, l. 15 pr. l. 49 pr. D. h. t., l. 14 §. 6 D. quod met. c. 4. 2, l. 16 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 4. 5 D. de compens. 16. 2, l. 12 C. de non num. pec. 4. 30; l. 3 §. 1 D. de pec. const. 13. 5. Vgl. Girtanner S. 40 fg. 384 fg., Vangerow S. 152 fg.

[7] L. 7 pr. D. de exc. 44. 1 sagt (mit unmittelbarer Beziehung auf den Bürgen): „exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios". Aber welche Einreden sind exceptiones personae cohaerentes? Die

den hier aufgestellten Regeln der Bürge haftet, ohne daß der Hauptschuldner in Anspruch genommen werden kann[8], haftet er doch in dem Falle nicht, wo er einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner hat, so daß seine Leistung auf den Hauptschuldner zurückfallen würde[9]. — Kennt der Bürge die Ungültigkeit der Verbindlichkeit, für welche er sich verbürgt, so kann er sich auf ihre Ungültigkeit nicht berufen[10] [11].

---

citirte Stelle nennt als Beispiel die Einrede aus dem s. g. beneficium competentiae (§. 268 Note 8). Diese Einrede steht aber dem Bürgen schon deßwegen nicht zu, weil sie sich nicht sowohl auf die Schuld, als vielmehr auf die Vollstreckbarkeit derselben bezieht (§. 268 Note 11). Die sonst in den Quellen noch genannten Fälle von Einreden, welche auf den Bürgen nicht übergehen, setzen spätere Entstehung der Einrede voraus. S. Note 15.

8 Also: a) wenn der Hauptschuldner nur natürlich verpflichtet ist (Note 4); b) wenn dem Hauptschuldner eine Einrede zusteht, welche der Bürge nicht gebrauchen kann (Note 7). S. jedoch in Betreff des letzteren Falles die folgende Note.

9 L. 9 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6; vgl. §. 481. Es ist aber zuzusehen, ob nicht das Recht, indem es dem Bürgen eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede versagt, dem Bürgen damit auch den an und für sich begründeten Regreß gegen den Hauptschuldner abspricht. Dieß ist ohne Zweifel gerade bei der in Note 7 genannten Einrede aus dem beneficium competentiae der Fall, arg. l. 58 §. 1 D. mand. 17. 1.

10 In diesem Sinne heißt es in l. 37 D. h. t.: — „*erroris* fideiussio nulla est". Doch ist es sehr zweifelhaft, ob gerade die fideiussio nach römischem Recht auch dann gültig war, wenn sie für eine n i c h t i g e Verbindlichkeit in Kenntniß ihrer Nichtigkeit übernommen wurde. Jedenfalls war sie gültig für eine durch Einrede entkräftete Verbindlichkeit; und auch die Verhaftung für eine nichtige Verbindlichkeit konnte unzweifelhaft wirksam durch mandatum übernommen werden. Vgl. l. 13 pr. D. de min. 4. 4, l. 12 §. 13 D. mand. 17. 1. Heutzutage ist eine für eine nichtige Verbindlichkeit wissentlich übernommene Bürgschaft aufzufassen als Versprechen der Schadloshaltung für den Fall, daß der als verpflichtet Bezeichnete die Leistung, zu welcher er rechtlich nicht verbunden ist, nicht freiwillig machen sollte. Vgl. A r n d t s §. 352 Anm. 2.

11 Vorbehaltlich an und für sich auch hier des Falles, wo die Leistung des Bürgen auf den Hauptschuldner zurückfallen würde; wobei jedoch zu erwägen ist: a) ob nicht nach Lage der Umstände eher dem Bürgen der Regreß gegen den Hauptschuldner zu entziehen ist, als dem Gläubiger sein Forderungsrecht gegen den Bürgen; es wird dieß dann das Zutreffende sein, wenn den Gläubiger beim Geschäfte kein Vorwurf trifft. Vgl. mit l. 9 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6 (welche Stelle zwischen Wissen und Nichtwissen des Bürgen nicht unterscheidet) l. 12 §. 13 D. mand. 17. 1. b) Ob nicht in der Bestellung des Bürgen durch den Hauptschuldner eine gültige Bestätigung der Haupt-

b) Wird die Verbindlichkeit des Hauptschuldners hinterher aufgehoben, so hört auch die Verbindlichkeit des Bürgen auf[12]. In Betreff des Näheren gelten die gleichen Grundsätze wie im vorigen Fall. Also: 1) es macht keinen Unterschied, ob die Verbindlichkeit des Bürgen direct aufgehoben wird[13], oder ob nur eine Einrede gegen dieselbe begründet wird[14], obgleich es auch hier Einreden gibt, welche ausnahmsweise dem Bürgen nicht zustehen[15]. 2) Für die Fortdauer der Verbindlichkeit des Bürgen reicht die Fortdauer einer natürlichen Verbindlichkeit in der Person

---

schuld gefunden werden muß; wie z. B. wenn der Gezwungene nach Aufhören des Zwanges einen Bürgen gibt.

[12] L. 43 D. de sol. 46. 3, l. 60 D. h. t. — Galt diese Regel auch für das constitutum debiti alieni? Für das constitutum als solches nicht; denn das constitutum als solches geht auf Leistung dessen, was der Andere jetzt (zur Zeit des constitutum) schuldig ist. L. 18 §. 1 D. de pec. const. 13. 5. Der Untergang der Hauptschuld befreit hier den accessorischen Schuldner nur nach den für die (bloße) Solidarobligation geltenden Regeln (§. 284 Note 4. 5). Es konnte aber ohne allen Zweifel das constitutum auch gerichtet werden auf dasjenige, was der Hauptschuldner schuldig ist und bleiben wird. Ein Erfüllungsversprechen dieser letzteren Art ist das Bürgschaftsversprechen, wenn es Erfüllungsversprechen ist, gewiß.

[13] Die Quellen nennen speziell außer der Erfüllung: Novation (l. 4 C. h. t.) und Confusion (l. 21 §. 3 l. 71 pr. D. h. t., l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3).

[14] Die Quellen nennen speziell die exc. iurisiurandi (l. 28 §. 1 D. de iurei. 12. 2, l. 7 §. 1 D. de exc. 44. 1) und die exc. pacti (l. 21 §. 5 D. de pact. 2. 14, l. 29 pr. D. mand. 17. 1, l. 5 pr. D. de lib. leg. 34. 3, l. 7 §. 1 D. cit.; über l. 62 und l. 27 §. 2 D. de pact. 2. 14 s. Vangerow S. 154. 155; Seuff. Arch. II. 185). In Betreff der Wiedereinsetzung s. Note 18. — Die Unterbrechung der Verjährung der Hauptschuld wirkt auch gegen den Bürgen. S. §. 295 Note 11. Seuff. Arch. XIV. 31.

[15] So die Einrede aus dem pactum de non petendo in personam, l. 22 D. de pact. 2. 14, l. 5 pr. D. de lib. leg. 34. 3 (für welche Einrede sich jedoch nach neuestem und heutigem Recht das benef. excussionis geltend macht, §. 478 Note 6). Ferner die Einrede aus dem erzwungenen Nachlaßvertrag, l. 58 §. 1 D. mand. 17. 1, welcher Einrede die Einrede aus einem erzwungenen Stundungsvertrag und aus einem dem Schuldner ertheilten Moratorium gleichzustellen ist (§. 275 Note 1. 4); die Einrede aus dem beneficium competentiae (Note 7, vgl. §. 267 Nr. 1. 3. 5). Die Einrede aus der cessio bonorum, welche §. 4 I. de replic. 4. 14 ebenfalls hieher rechnet, hat heutzutage abgesehen von dem beneficium competentiae keine Bedeutung mehr (§. 266).

des Hauptschuldners hin[16]. 3) Wenn auch der Bürge an und für sich fortfährt zu haften, so kann er sich auf die Befreiung des Hauptschuldners doch in dem Falle berufen, wo seine Leistung auf den Hauptschuldner zurückfallen würde[17]. 4) Der Wegfall der Verbindlichkeit des Hauptschuldners thut der Verbindlichkeit des Bürgen keinen Schaden, wenn der Bürge sich gerade mit Rücksicht auf den möglichen, nun eingetretenen Fall des Wegfalls derselben verbürgt hat[18]. — Eine besondere Vorschrift enthält das römische Recht für den Fall, wo der Bürge durch seine Schuld die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners unmöglich macht; hier wird der Hauptschuldner befreit, und der Bürge fährt fort, zu haften[19]. [20]

---

[16] L. 60 D. h. t.

[17] L. 32 D. de pact. 2. 14. Doch ist auch hier (vgl. Note 9) zu erwägen, ob nicht das Recht dem Bürgen, indem es ihm eine dem Hauptschuldner erworbene Einrede versagt, auch den Regreß gegen den Hauptschuldner abspricht, wie dieß bei sämmtlichen in Note 15 genannten Einreden, mit Ausnahme der aus dem pactum de non petendo in personam, nach und arg. l. 58 D. mand. 17. 1 der Fall ist.

[18] Im Speziellen heißt es in den Quellen, daß die dem minderjährigen Hauptschuldner ertheilte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dem Bürgen nicht zu Gute komme, wenn derselbe sich gerade mit Rücksicht auf die Minderjährigkeit des Hauptschuldners verbürgt habe. Paul. S. R. I. 9 §. 6, l. 3 §. 4 l. 13 pr. D. de min. 4. 4, l. 2 C. de fid. min. 2. 24, mit welchen Stellen weder l. 7 §. 1 i. f. D. de exc. 44. 1, noch l. 1 C. de fid. min. 2. 24 in Widerspruch steht. S. noch l. 51 D. de proc. 3. 3, l. 95 §. 3 D. de sol. 46. 3, und über das Ganze Vangerow I §. 183 Anm. 1, wo auch die Literatur der Lehre angegeben ist.

[19] Es macht sich hier eine allmälige Entwicklung des römischen Rechts bemerklich. Zuerst wurde der Regel gemäß gesagt, daß der Bürge von der Bürgschaftsverpflichtung frei werde, aber aus seinem dolus hafte; dann wurde die Bürgschaftsklage gegen ihn als utilis, und zuletzt schlechthin gegeben. Alle diese Auffassungen sind in den Quellen vertreten. S. l. 19 D. de dolo 4. 3; l. 32 §. 5 D. de usur. 22. 1, l. 38 §. 4 D. de sol. 46. 3; l. 95 §. 1 D. eod., l. 88 l. 91 §. 4 D. de V. O. 45. 1.

[20] Eine eigenthümliche Ansicht über die Fortdauer der Verbindlichkeit des Bürgen nach Wegfall der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat Girtanner S. 80 fg. 480 fg. 495 fg. aufgestellt. Nach dieser Ansicht soll der Schuldner nur befreit werden: 1) durch diejenigen in der Person des Hauptschuldners eintretenden Befreiungsgründe, welche auch einen Correalschuldner befreien; 2) durch Confusion; 3) die in der Person des Hauptschuldners ent-

2. Der Bürge ist nicht Mehr schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist; er ist nicht unter härteren Modalitäten[21] schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist. Wird das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht, so liegt, so weit die dem Bürgen auferlegte Leistung die dem Hauptschuldner obliegende übersteigt, jedenfalls nicht Bürgschaft vor[22]; der Vertrag selbst kann aber

---

stehenden Einreden sollen dem Bürgen nur insofern zu Gute kommen, als er einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner habe. Girtanner beruft sich für diese Theorie auf l. 18 §. 1 D. de pec. const. 13. 5, s. darüber Note 12; auf die Möglichkeit der Fortdauer der Verpflichtung des Bürgen nach einer dem Hauptschuldner ertheilten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, s. darüber Note 18; auf l. 32 D. de pact. 2. 14, welche von einem pactum de non petendo in personam zu verstehen ist, vgl. l. 7 §. 1 D. de exc. 44. 1; auf die zu Note 19 erwähnte Bestimmung, welche offenbar den Character einer Ausnahmebestimmung hat, und nur der auch sonst begründeten Verhaftung des Bürgen einen neuen Ausdruck gibt; endlich auf die Fortdauer der Verhaftung des Bürgen bei capitis diminutio und unbeerbtem Tod des Schuldners (l. 5 pr. D. qui satisd. 2. 8, l. 1 C. h. t., l. 1 §. 14 D. dep. 16. 3, l. 95 §. 1 D. de sol. 46. 3), in welchen Fällen eine Verhaftung, wenn auch nicht des Schuldners, doch seines Vermögens fortdauert (l. 2 pr. D. de cap. min. 4. 5, vgl. l. 22 D. h. t.). Gegen Girtanner s. Vangerow §. 578 Anm. 2, Sintenis Anm. 39, Arndts §. 357 Anm. 3. Vgl. noch Schwanert Naturalobligat. S. 397 fg.

21 Bedingung, Befristung, Leistungsort, andere Nebenbestimmungen, namentlich in Betreff des Wahlrechts bei alternativen Obligationen. Vgl. §. 5 I. h. t. („Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur") und §. 33 I. de act. 4. 6 („Plus autem quatuor modis petitur: re, tempore, loco et causa"). L. 8 D. de eo quod certo loco 13. 4.

22 Nach römischem Recht war die fideiussio in duriorem causam ganz nichtig, während das constitutum abweichende Modalitäten der Leistung wohl vertrug, und wenn es auf ein Mehr ging, bloß auf das Maß der Verbindlichkeit des Hauptschuldners herabgesetzt wurde. L. 8 §. 7—10 l. 16 §. 1. 2. 5, l. 34 l. 70 pr. §. 1 D. h. t., §. 5 I. h. t., Gai. III. 126; l. 1 §. 8 l. 11 §. 1 l. 12 l. 19 pr. l. 3 §. 2 l. 4 l. 5 pr. l. 25 pr. D. de pec. const. 13. 5. Nach heutigem Recht kann die theilweise Gültigkeit der Bürgschaft in duriorem causam nicht bezweifelt werden, und wird auch nicht bezweifelt. Die Schriftsteller sind aber nicht einverstanden darüber, wie dieses heutige Recht zu rechtfertigen sei. Die Einen sagen, die römische Bestimmung über die fideiussio gelte deßwegen nicht mehr für uns, weil sie ihren Grund gehabt habe in der Strenge, mit welcher man die Stipulationsformel glaubte interpretiren zu müssen; nach der Meinung der Anderen ist eine Bürgschaft der bezeichneten Art als constitutum debiti alieni aufzufassen. Zu dem oben (§. 476 Note 5 u. 6) Gesagten stimmt nur die erste Auffassung. Vgl. Gir-

aufrecht erhalten werden als Schenkungsversprechen, Entschädigungsversprechen, Schuldübernahme[23]. — Uebernimmt der Bürge nicht eine schwerere, sondern nur eine andere Leistung, so ist wirklich Bürgschaft vorhanden, aber mit Hinzufügung eines Vertrages über Leistung an Erfüllungsstatt[24].

3. Der Bürge ist nicht Weniger schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist; er ist nicht unter leichteren Modalitäten schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist. Doch kann das Gegentheil ausgemacht werden[25]. Erleidet die Hauptschuld eine Aenderung, oder erhält sie einen Zuwachs, so haftet der Bürge auch dafür[26]. Für selbstständige[27] Nebenverbindlichkeiten der Hauptschuld haftet der Bürge an und für sich nicht[28]; doch kann die Verhaftung dafür auch stillschweigend übernommen werden.

---

tanner S. 31—39. 170 fg. 375 fg., Vangerow §. 578 Anm. 1, Samhaber Correalobligat. S. 174. 175.

[23] Es entscheidet der Wille der Parteien, und nicht der Ausdruck. Wer erklärt, für eine bedingte Schuld unbedingt bürgen zu wollen, schenkt dem Gläubiger für den Fall des Ausfalls der Bedingung. Wer erklärt, daß er sich für eine Schuld von 100 auf 150 verbürge, verbürgt sich wirklich auf 100, und verspricht außerdem dem Gläubiger 50 als Ersatz für den ihm durch das Ausbleiben der Leistung des Schuldners erwachsenden Schaden. Wer erklärt, er verbürge sich für eine in einem Jahre fällige Schuld in der Weise, daß er sie in einem Monat zahlen wolle, verbürgt sich gar nicht, sondern übernimmt einfach die Leistung einer fremden Schuld.

[24] Nach römischem Recht war die fideiussio in diesem Fall ebenfalls nichtig (l. 42 l. 8 §. 8 l. 38 pr. l. 70 §. 2 D. h. t.), nicht das constitutum (l. 1 §. 5 D. de pec. const. 13. 5).

[25] Auch bei der römischen fideiussio, l. 8 §. 7 l. 34 l. 6 §. 1 l. 9 l. 68 §. 1 D. h. t.

[26] Aenderung: z. B. durch verschuldete Herbeiführung der Unmöglichkeit der Erfüllung, l. 58 §. 1 D. h. t., l. 49 l. 88 l. 91 §. 4 D. de V. O. 45. 1. Zuwachs: z. B. durch Verzugszinsen, l. 24 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 54 pr. D. loc. 19. 2, l. 10 D. rem pup. 46. 6, l. 2 §. 12 D. de adm. rer. 50. 8, l. 5 C. de pact. int. emt. 4. 54; l. 68 §. 1 D. h. t. Vgl. l. 56 §. 2 D. h. t.: — „in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest". Girtanner S. 411 fg. Madai Mora S. 419 fg. verlangt mit Unrecht, damit der Bürge für Verzugszinsen hafte, eine ausdrückliche Erklärung desselben, daß er sich für das gesammte Schuldverhältniß verbürge (s. auch Seuff. Arch. I. 213); dagegen auch Holzschuher III §. 311 Nr. 5.

[27] D. h.: der Hauptschuld gegenüber eine besondere Obligation ausmachende.

[28] So namentlich nicht für versprochene Zinsen und Conventionalstrafen.

b. Rechtswohlthat der Vorausklage *.

§. 478.

Der Bürge haftet erst in zweiter Linie; er kann verlangen, daß der Gläubiger vorher seine Befriedigung bei dem Hauptschuldner suche, und zwar durch Ausklagung desselben[1]. Dieses

---

L. 10 C. h. t., l. 8 C. quod cum eo 4. 26; vgl. l. 68 pr. D. h. t. S. übrigens auch Seuff. Arch. III. 325, IV. 44, XIV. 30.

§. 478. * Girtanner S. 113 fg. 200 fg. 423 fg.

[1] S. g. beneficium excussionis oder ordinis. Eingeführt durch Nov. 4 c. 1. Vorher konnte der Gläubiger nach seiner Wahl den Bürgen oder den Hauptschuldner in Anspruch nehmen, und nicht bloß bei der fideiussio, sondern auch bei dem constitutum und dem mandatum credendi. L. 3. 5. 19. 23 C. h. t.; l. 7 D. quod cum eo 14. 5, l. 56 pr. l. 60 pr. D. mand. 17. 1, l. 7 C. eod. 4. 35, l. 19 C. cit. Doch konnte das Gegentheil ausgemacht werden (l. 5. 19 C. h. t.; l. 41 pr. D. h. t., l. 116 D. de V. O. 45. 1, l. 6 D. de nov. 46. 2, l. 21 D. de sol. 46. 3); die Neueren haben für diesen Fall den Ausdruck fideiussor indemnitatis, Schadlosbürge, erfunden. — Es ist bezweifelt worden, ob die Bestimmung der Nov. 4 c. 1 auch für das constitutum gelte, weil die Vulgata die griechische Bezeichnung für den Constituenten: ὁ ἀντιφωνητής, ὁ ἀντιφωνήσας, ὁ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπελθών durch die Ausdrücke: sponsor, qui sponsioni se subiecit wiedergibt. Aber auf wen sollen diese Ausdrücke gehen, wenn nicht auf den Constituenten? In anderen Stellen (Nov. 115 c. 6, 136 pr. c. 1) übersetzt die Vulgata auch wirklich ἀντιφώνησις, ἀντιφωνητής mit constituta pecunia, constitutae pecuniae reus. Ebenso sicher ist es freilich, daß die Novelle nur das Constitutum zum Zweck der Bürgschaft, nicht das Constitutum als solches im Sinne hat. Vgl. Zimmern in seinen und Neustetel's römisch-rechtl. Untersuchungen S. 276 fg., Girtanner S. 429, Vangerow S. 106; auch unten Note 9. — Begründet die gesetzliche Vorschrift nur eine Einrede, oder erhebt sie die fruchtlose Ausklagung des Bürgen zum Klagefundament? Gewiß das Erstere. Girtanner S. 200 fg. 223 fg. 424 fg. Seuff. Arch. II 182. — Die Rechtswohlthat gibt die Befugniß, die Zahlung abzulehnen; nicht aber die Befugniß, das Gezahlte zurückzufordern, selbst dann nicht, wenn irrthümlich gezahlt worden ist. Arg. l. 49 §. 1 D. h. t., §. 4 i. f. I. h. t. (§. 479 Note 2 a. E.). — Von einer Rechtswohlthat spricht man übrigens mit Recht nicht bloß den Bestimmungen des früheren römischen Rechts, sondern auch dem heutigen Bürgschaftswillen gegenüber. Dieser Wille läßt zwar darüber keinen Zweifel, daß der Bürge erst solle in Anspruch genommen werden können, wenn der Hauptschuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkomme; aber welche Schritte der Gläubiger thun müsse, um von dem Hauptschuldner Befriedigung zu erlangen, darüber gibt der Bürgschaftsvertrag als solcher keinen

Recht fällt jedoch weg: 1) wenn der Hauptschuldner abwesend ist[2]. Vermag in diesem Fall der Bürge den Hauptschuldner nicht binnen einer vom Richter zu bestimmenden Frist zu stellen, so wird der Klage gegen den Bürgen freier Lauf gelassen[3]. Das bezeichnete Recht fällt ferner weg: 2) wenn die Ausklagung des Hauptschuldners aus einem anderen Grunde schwieriger ist, als die des Bürgen[4]; 3) wenn es feststeht, daß die Ausklagung des

---

Aufschluß. — Kann der Gläubiger den Bürgen sofort mit dem Hauptschuldner (auf den Ausfall) belangen? Seuff. Arch. III. 264.

[2] D. h. wenn der Hauptschuldner seinen Gerichtsstand am Wohnort des Gläubigers, der Bürge auswärts hat. Vgl. Girtanner S. 439. Wie wenn Beide ihren Gerichtsstand auswärts haben? Seuff. Arch. II 46: es ist zuzusehen, ob nicht der Hauptschuldner „noch viel weiter entfernt und schwerer zu belangen ist" (der Bürge lebte in Hamburg, der Hauptschuldner in New-York). Vgl. auch Seuff. Arch. V. 21, VI. 42.

[3] Nov. 4 c. 1 cit.

[4] Das Gesetz enthält diese Bestimmung nicht unmittelbar; aber es ist nicht zu gewagt, dieselbe durch Auslegung (s. g. analogische Ausdehnung, §. 22) in das Gesetz hineinzutragen. Daß dabei die Eigenschaft des Gesetzes als ius singulare kein Hinderniß ist, darüber s. §. 29 Note 3. Wollte man bei der unmittelbaren Bestimmung des Gesetzes stehen bleiben, so müßte man den Gläubiger auch dann zur Ausklagung des Hauptschuldners nöthigen, wenn der Hauptschuldner z. B. in Australien wohnt, während der Bürge seinen Wohnsitz in einem wenige Meilen entfernten Ort hat (Note 2). Auch ist für die analogische Ausdehnung des Gesetzes von jeher die in Doctrin und Praxis vorherrschende Meinung gewesen. Girtanner S. 205 fg. 226 fg. Girtanner (S. 444 fg.) nimmt dafür sogar ein Gewohnheitsrecht an; dazu stimmen aber nicht die Entscheidungen bei Seuff. Arch. X. 48, XII. 158. Der Hauptfall, um welchen es sich dabei immer gehandelt hat, ist der des Concurses des Hauptschuldners. Vgl. über diesen Fall speziell aus der neueren Zeit: für die Ausdehnung W. Sell Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 13 (welcher aber die gewiß richtige Beschränkung hinzufügt, daß darauf gesehen werden müsse, ob in dem gegebenen Fall der Concursweg auch wirklich schwieriger sei), Heimbach das. XIII S. 387 fg. (dieser mit einer Wendung, welche ich für unrichtig halte), Dernburg Pfandr. II S. 385—387, Holzschuher III §. 311 Nr. 11. a; gegen die Ausdehnung: Chop Arch. f. civ. Pr. XV 3. Aus der Praxis: für die Ausdehnung: Seuff. Arch. IV. 42, VII. 314; dagegen X. 48, XII. 158. Für die Ausdehnung noch, jedoch ohne spezielle Beziehung auf den Concurs: Seuff. Arch. II. 46. — Girtanner S. 450 fg. fügt aber die gewiß richtige Beschränkung hinzu, daß die Ausklagung des Hauptschuldners aus Rechtsgründen schwieriger sein müsse, nicht aber weil derselbe z. B. streitsüchtig, chikanös, potentior sei. — Nach dem hier Ausgeführten ist nun auch das I §. 335 Note 19 a. E. Gesagte zu berichtigen.

Hauptschuldners fruchtlos sein wird [5]; 4) wenn eine Klage gegen den Hauptschuldner gar nicht begründet ist [6]; 5) wenn der Bürge auf die Rechtswohlthat verzichtet hat [7]; 6) wenn er die Bürgschaft arglistigerweise abgeleugnet hat [8]. [9] —

---

[5] Die Insolvenz des Hauptschuldners ist notorisch. — Diese, wie die folgende Ausnahme, sind ebenfalls im Gesetze nicht ausdrücklich enthalten; aber beide sind zweifellos. Vgl. Nov. 99 c. 1 und Girtanner S. 437—438, Dernburg Pfandrecht II S. 384. Seuff. Arch. XIV. 34.

[6] Der Hauptschuldner ist nur naturaliter verpflichtet. Der Hauptschuldner ist durch eine Einrede gedeckt, welche dem Bürgen nicht zu Gute kommt. Der Bürge hat sich für eine ungültige Verbindlichkeit in Kenntniß ihrer Ungültigkeit, oder für den nun eingetretenen Fall der Aufhebung der Hauptschuld verbürgt. S. über diese Fälle §. 477 Nr. 1. Im Einzelnen ist aber zu bemerken, daß das beneficium excussionis nicht wegfällt, wenn der Hauptschuldner durch ein vom Gläubiger mit ihm abgeschlossenes pactum de non petendo in personam gedeckt ist (§. 477 Note 15); das Gegentheil annehmen, würde heißen, es von der Willkühr des Gläubigers abhängig machen, ob der Bürge die ihm gesetzlich zustehende Rechtswohlthat genießen soll, oder nicht. Girtanner S. 247; über l. 15 §. 1 D. h. t. s. §. 479 Note 7. Seuff. Arch. VI 40. Anders natürlich, wenn der Bürge sich damit einverstanden erklärt hat, daß das pactum nur dem Hauptschuldner zu Gute kommen solle, wie in dem Falle bei Seuff. Arch. IV. 43 (pactum de non petendo in tempus).

[7] Genügt genereller Verzicht? Der Verzicht muß so speziell sein, daß daraus erkannt werden kann, es habe diese bestimmte Rechtswohlthat dem Bewußtsein des Verzichtenden vorgeschwebt. Vgl. l. 4 §. 4 D. si quis caut. 2. 11, l. 1 D. si quis in ius voc. 2. 5. Girtanner S. 436, Holzschuher §. 311 Nr. 2. Vgl. Seuff. Arch. XI. 40. Ein Verzicht liegt auch in dem Versprechen, an einem bestimmten Tage Zahlung leisten zu wollen. Seuff. Arch. XIV. 33. Liegt ein Verzicht auch in der Erklärung, als Selbstschuldner haften zu wollen? Die Frage wird bejaht von Girtanner S. 240 fg. 319 fg. und von den bei Holzschuher §. 311 Nr. 11. c Genannten; ferner bei Seuff. Arch. III. 167, IV. 226, V. 132, VII. 312, XIII. 223, XVII. 36. Ist aber die oben (§. 293 Note 7. 8) vorgetragene Auffassung der Nov. 99 c. 1 richtig, so ist auf Grund dieser Novelle zu behaupten, daß der Bürge durch eine solche Erklärung zwar das Recht, Vorausklage, nicht aber das Recht, gleichzeitige Belangung des Hauptschuldners zu verlangen, verliere.

[8] Arg. l. 10 §. 1 D. h. t. Für die Ausdehnung ist von jeher die herrschende Meinung gewesen. Girtanner S. 208. 229. 239 fg. 453. 454.

[9] Vielfach ist behauptet worden, die Rechtswohlthat falle auch unter Kaufleuten weg (vgl. Nov. 4 c. 3 §. 1 und die nicht glossirte Nov. 136). Girtanner S. 236 fg. 454 fg. Das HGB. (Art. 281 Abs. 2) schließt sie aus, „wenn die Schuld aus einem Handelsgeschäft auf Seiten des Hauptschuldners hervorgeht, oder wenn die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft ist". — Nach

Ist der Grund, weßwegen der Gläubiger keine Befriedigung von dem Hauptschuldner erlangen kann, Nachlässigkeit des Gläubigers, so kann der Bürge gar nicht in Anspruch genommen werden[10].

---

der Behauptung von Vangerow (III S. 160) soll die Rechtswohlthat auch beim constitutum wegfallen, wenn nicht „die Verbindlichkeit des Konstituenten in keiner Beziehung von der des Hauptschuldners sich unterscheidet, und das Konstitutum also in der That nur den Zweck der Sicherstellung des Gläubigers hat", s. auch Samhaber Correalobligat. S. 175. Nach meiner Ansicht gilt die Rechtswohlthat beim constitutum nie, wenn dasselbe in der Absicht gemacht worden ist, die Schuld des Anderen einfach auf sich zu nehmen (Seuff. Arch. IV. 45, XIV. 32); sie gilt immer, wenn dasselbe in Bürgschaftsabsicht gemacht worden ist. Dadurch daß der Verbindlichkeit des Bürgen ein anderer Inhalt gegeben wird, als die Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat, kann möglicherweise der Bürgschaftswille ausgeschlossen sein; so weit dieß nicht der Fall ist (§. 477 zu Note 23. 24), sehe ich keinen Grund, dem Eintretenden die Rechtswohlthat der Vorausklage zu entziehen. Indem er für den Fall der Nichterfüllung der Hauptschuld Mehr oder Anderes zu leisten verspricht, verspricht er nicht weniger, für den Fall der Nichterfüllung der Hauptschuld zu leisten.

[10] Dieser Satz galt nicht für die gewöhnliche fideiussio (l. 62 D. h. t., vgl. übrigens auch l. 18 C. h. t.), wohl für die fideiussio eius, quod a debitore servari non potest (l. 41 pr. D. h. t.). Seit Nov. 4 c. 1 ist eine jede Bürgschaft eine Bürgschaft dieser letzteren Art. Daß die Verpflichtung, zuerst seine Befriedigung bei dem Hauptschuldner zu suchen, durch das Gesetz, und nicht durch die Bestimmung des Bürgschaftsvertrages auferlegt ist, kann keinen Unterschied machen. Vangerow III §. 578 Anm. 4; vgl. auch Arndts §. 357 Anm. 2. A. M. Jäger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 16. Girtanner S. 483 fg. glaubt mit Unrecht, daß der hier gelehrte Satz sich schon aus den Worten der Novelle „si non valuerit creditor a debitore recipere aut in partem aut in totum" rechtfertige; diese Worte wollen, wie der Zusammenhang lehrt, nur sagen: wenn der Gläubiger durch die angestellte Klage sich seine Befriedigung zu verschaffen nicht vermag. Auch mit dem beneficium cedendarum actionum (§. 481 Note 8) ist der aufgestellte Satz vielfach in Verbindung gebracht worden. S. Girtanner S. 211 fg. 248 fg. 468 fg. Seuff. Arch. VI. 41, VII. 34. 311. 312 Nr. 2. — Eine Nachlässigkeit des Gläubigers liegt an und für sich nicht schon in der Gewährung einer Zahlungsfrist. Vangerow S. 158; Seuff. Arch. VII. 33. 177, XII. 240. Vgl. noch das. VII. 312, XI. 243, XII. 159, XVI. 112.

c. Mehrheit der Bürgen*. Afterbürge.

§. 479.

Mehrere Bürgen, welche für dieselbe Schuld eingetreten sind, haften zwar an und für sich für das Ganze[1], genießen aber eine ähnliche Rechtswohlthat, wie der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner. Jeder Bürge kann nämlich verlangen, daß, wenn sein Mitbürge zahlungsfähig ist[1a], der Gläubiger seine Forderung zwischen ihm und dem Mitbürgen theile[2]. Leugnet der Gläubiger die Zahlungsfähigkeit des Mitbürgen, so liegt nicht ihm der Beweis der Zahlungsunfähigkeit, sondern dem in Anspruch Genommenen der Beweis der Zahlungsfähigkeit ob[3]. Vorausklage kann der in Anspruch Genommene nur verlangen, wenn er gleichzeitig Sicherheit dafür anbietet, daß der Gläubiger

§. 479. * Girtanner S. 90 fg. 457 fg. Rückert principia iuris Romani de exceptione quam vocant divisionis (1852). Grotefend de exceptione divisionis (1852). Dedekind de exceptione divisionis disquisitiones (1853).

[1] Gai. III. 121. 122, §. 4 I. h. t.

[1a] Das Gleiche gilt natürlich in dem Fall einer Mehrheit von Mitbürgen.

[2] S. g. beneficium divisionis. Eingeführt durch ein Rescript von Hadrian. Gai. III. 121. 122, §. 4 I. h. t. S. über dieses Rescript außer den im Folgenden genannten Stellen noch: l. 26 l. 27 l. 51 pr. D. l. 3 l. 10 §. 1 C. h. t. Dasselbe nannte außer den fideiussores auch die mandatores (l. 3 C. de pec. const. 4. 18, vgl. l. 7 D. de fidei. et nom. 27. 7); daß es in gleicher Weise für das constitutum gelte, hat Justinian in der cit. l. 3 C. de pec. const. ausdrücklich anerkannt. — Die Behauptung, daß diese Rechtswohlthat nur solchen Bürgen zukomme, welche gemeinschaftlich für dieselbe Schuld eingetreten sind (Kritz Pandektenr. I. 1 S. 122 fg. 178 fg., Seuffert Pand. §. 385 Note 17, vgl. dens. in seinem Archiv VI S. 58 Anm. 2; Seuff. Arch. III. 263, XIII. 27, XIV. 234 — dawider VI. 43, XI. 40), läßt sich nicht rechtfertigen, und wird sogar, wenigstens was den später eingetretenen Bürgen angeht, durch l. 48 §. 1 D. h. t. direct widerlegt. Vgl. Note 7 a. E. und Dedekind §. 39, Girtanner Arch. f. civ. Pr. XLIII. 12. — Die Rechtswohlthat gibt das Recht, die Zahlung abzulehnen; nicht aber das Recht, das Gezahlte zurückzufordern, selbst wenn irrthümlich gezahlt worden ist. L. 49 §. 1 D. h. t., §. 4 I. h. t. Vgl. Erxleben condictiones sine causa I S. 109. 110.

[3] Er schützt sich mit einer Einrede (l. 28 D. h. t.), die er beweisen muß, wie jede andere Einrede. S. auch l. 3 C. de prob. 4. 19. Vgl. Seuff. Arch. V. 297. Das Gegentheil wird angenommen in dem Erk. bei Seuff. Arch. XIII. 95.

bei Fruchtlosigkeit der Vorausklage Befriedigung für den betreffenden Theil bei ihm finden werde[4], und auch in diesem Falle nicht, wenn der Mitbürge abwesend, oder seine Belangung aus anderen Gründen schwieriger ist[5]. Das Recht auf Theilung[5a] selbst wird durch die zuletzt bezeichneten Umstände nicht ausgeschlossen[6]. Auch durch Ungültigkeit der Mitbürgschaft wird das Recht auf Theilung nicht unbedingt ausgeschlossen; es besteht trotz derselben, wenn der Bürge guten Grund hatte, sich darauf zu verlassen, daß er nur zu seinem Theile haften werde[7]. Dagegen wird das Recht auf Theilung,

---

[4] L. 10 pr. D. h. t. Die Stelle verlangt speciell Anbieten von Bürgschaft. — Ich zweifle nicht daran, daß diese Sicherheitsleistung im classischen römischen Recht hauptsächlich mit Rücksicht auf die Klagenconsumtion erfordert wurde (vgl. l. 22 §. 2 D. mand. 17. 1, l. 7 D. de fidei. et nom. 27. 7); aber ich halte es für zu gewagt, zu behaupten, daß der Schutz des Gläubigers gegen die Klagenconsumtion ihr einziger Zweck gewesen sei. Jedenfalls haben die Compilatoren ihr, indem sie die l. 10 pr. cit. trotz l. 28 C. h. t. aufgenommen haben, eine von der Klagenconsumtion unabhängige Bedeutung gegeben.

[5] L 10 pr. cit.: — „ita tamen, si . . . confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint". Die Ausdehnung auf andere Gründe größerer Schwierigkeit der Belangung rechtfertigt sich durch die Analogie der Nov. 4 c. 1 (§. 478 Note 4). — Daß das Recht auf Vorausklage ebenfalls bei notorischer Insolvenz des Mitbürgen wegfällt, versteht sich auch hier von selbst.

[5a] Mit andern Worten: das Recht, durch Beweis der Zahlungsfähigkeit des Mitbürgen Abweisung des Gläubigers für den Theil des Mitbürgen zu erlangen.

[6] Es heißt in den Quellen immer nur, die Forderung müsse zwischen den Bürgen getheilt werden, die „solvendo" oder „idonei" seien. Dedekind §. 45.

[7] Dazu wird erfordert: a) daß er nicht vor dem Mitbürgen, sondern zugleich mit demselben, oder nach demselben eingetreten sei; b) daß er sich in Betreff der Ungültigkeit der Mitbürgschaft in einem entschuldbaren Irrthum befunden habe. L. 48 D. h. t. Wenn in dieser Stelle auch demjenigen das Recht auf Theilung nicht versagt wird, welcher sich neben einem Minderjährigen verbürgt hat, „propter incertum aetatis ac restitutionis", so ist das so zu verstehen: 1) weil er sich über das Alter des Mitbürgen täuschen konnte; 2) weil er hoffen durfte, der Minderjährige werde Restitution nicht erbitten, oder sie werde ihm nicht ertheilt werden. Freilich wird diese Stelle sehr verschieden erklärt. Vgl. Girtanner S. 462 fg., dens. Arch. f. civ. Pr. XLIII S. 286 fg., Dedekind p. 123 sqq., und die von diesen Schriftstellern Citirten. — Für die nachträgliche Ungültigkeit gilt natürlich das Gleiche, wie

wie das Recht auf Vorausklage, verloren durch Verzicht [7a] und durch arglistige Ableugnung der Bürgschaft [8]; außerdem fällt es weg bei Bürgen, welche ein Vormund seinem Mündel gibt [9]. — Ist die Forderung einmal getheilt worden, so schadet die nun eintretende Zahlungsunfähigkeit des Mitbürgen demjenigen, welchem gegenüber getheilt worden ist, nicht mehr [10]. Auch die vor

---

für die ursprüngliche. Aber ebenso sehr versteht es sich von selbst, daß der Gläubiger durch Befreiung des einen Bürgen dem andern das benef. divisionis nicht nehmen kann. In l. 15 § 1 D. h. t. ist entweder mit Girtanner Arch. f. civ. Pr. XLIII S. 281 fg. das „nulla exceptione" bloß auf die exceptio pacti zu beziehen, oder mit Dedekind p. 123 sqq. statt „quindecim" zu lesen „decem". — Aus l. 48 cit. darf man nicht ein Argument für die Behauptung herleiten wollen, daß bei Ungleichzeitigkeit des Eintretens der mehreren Bürgen der vorher Eingetretene das Recht auf Theilung überhaupt nicht (auch bei Gültigkeit der Mitbürgschaft) habe (vgl. Note 2), indem man etwa so schlösse: auf die ungültige Mitbürgschaft kann man den Gläubiger nur dann verweisen, wenn man sich auf die Theilhaftung verlassen hat; also ist das Sichverlassen auf die Theilhaftung der Grund des Rechtes auf Theilung. Der wahre Gedankenzusammenhang ist vielmehr dieser: 1) der Mitbürge hat das Recht auf Theilung als Mitbürge; 2) er hat es nur dann, wenn der Mitbürge auch wirklich haftet; 3) er müßte sich denn auf bloße Theilhaftung mit Grund verlassen haben.

7a Seuff. Arch. XI. 40. — Liegt ein solcher Verzicht in dem Sichverpflichten „als Selbstschuldner"? Im Zweifel gewiß, und auch Nov. 99 c. 1 (§ 478 Note 7) steht hier nicht entgegen. Anders Seuff. Arch. VIII. 134.

8 L. 10 §. 1 D. h. t. Der Bestimmung wird die heutige Geltung abgesprochen in dem Erk. bei Seuff. Arch. XVII. 37. Vgl. §. 263 Note 15.

9 L. 12 D. rem. pup. 46. 6, u. vgl. §. 443 Note 2.

10 L. 51 §. 4 l. 52 §. 1 D. l. 16 C. h. t. In diesen Stellen wird gesagt, daß nach der Litiscontestation mit einem Bürgen (auf seinen Theil) die nun eintretende Insolvenz der Mitbürgen ihm nicht mehr schade. In diesen Stellen wird aber von der Annahme ausgegangen, daß der Prozeß zugleich gegen sämmtliche Bürgen, gegen jeden auf seinen Theil, angestellt worden sei, und man könnte daher der Ansicht sein, der Grund der definitiven Befreiung eines jeden der Belangten werde lediglich darin gefunden, daß durch die Belangung auch der Uebrigen die gesammte actio consumirt sei. Es ist auch keinem Zweifel unterworfen, daß die genannten Stellen in ihrem ursprünglichen Sinne in dieser Weise ausgelegt werden können. Aber einerseits halte ich es für viel zu gewagt, zu behaupten, daß sie in dieser Weise ausgelegt werden müssen — sie können auch sehr wohl den Gedanken ausdrücken wollen, daß zwischen den zur Zeit der Litiscontestation Solventen eine definitive Theilung eintrete, kraft des Gesetzes —: und andererseits ist es im Zusammenhang der Compilation wegen l. 28 C. h. t. geradezu unzulässig, jene Stellen aus der

der Theilung eintretende schadet dann nicht, wenn der Gläubiger in der Beitreibung seiner Forderung nachlässig gewesen ist[11]. — Für den Bürgen kann wieder ein Bürge angenommen werden (Afterbürge). Für denselben ist der erste Bürge Hauptschuldner. Besondere Grundsätze gelten für diesen Fall der Bürgschaft nicht[12].

d. Beendigung der Verpflichtung des Bürgen.

§. 480.

Die der Bürgschaftsverpflichtung eigenthümlichen Beendigungsgründe sind:

Klagenconsumtion, und daher nothwendig, sie in der so eben bezeichneten Weise zu erkären. Wie aber ist es, wenn ein Mitbürge auf seinen Theil nicht belangt, sondern dieser Theil außergerichtlich von ihm beigetrieben, oder wenn sein Theil auf sein Erbieten vom Gläubiger angenommen wird? L. 16 D. iud. solvi 46. 7 setzt offenbar voraus, daß in diesem Falle Alles so gehalten werden solle, als wenn es zur Litiscontestation gekommen wäre. Auf der anderen Seite sagt zwar l. 51 §. 1 D. h. t., daß „fideiussor, qui partem pecuniae suo nomine vel rei promittendi solvit" auch den Rest noch zahlen müsse, wenn der Mitbürge hinterher insolvent werde; aber diese Stelle kann sehr wohl von dem Falle verstanden werden, wo ein Bürge einen Theil der Schuld schlechthin, nicht aber seinen Theil, gezahlt hat, und die Worte „vel rei promittendi" scheinen diese Auslegung sogar nothwendig zu machen. — Die einem Mitbürgen gegenüber erfolgte Theilung wirkt auch nur diesem, nicht den andern gegenüber. Wenn z. B. für eine Schuld von 300 drei Bürgen eingetreten sind, und von Einem werden seine 100 eingefordert, so bleiben die anderen Zwei in der Weise verhaftet, daß bei Insolvenz des Einen der Andere die ganzen 200 zahlen muß. — Vgl. über die in dieser Note behandelten Fragen: Zimmern in sein. u. Neustetel's römisch-rechtl. Untersuchungen I S. 269 fg., v. Wening-Ingenheim Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV. 17, Girtanner S. 457 fg., Dedekind p. 94 sqq., und die von diesen Schriftstellern Citirten.

[11] Dies muß nach Analogie des für das Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner Geltenden (§. 478 Note 10) behauptet werden. — Der Bürge kann nach der Praxis auch darauf klagen, daß der Gläubiger mit seiner Forderung sofort gegen ihn auftrete, bei Strafe, sich auf die später eintretende Insolvenz des Mitbürgen nicht mehr berufen zu dürfen, s. g. provocatio ex l. Si contendat. Bayer summ. Proz. §. 58, Wetzell Civilproz. S. 97 fg.

[12] L. 8 §. 12 l. 27 §. 4 D. h. t., l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3. Seuff. Arch. III. 217, XIII. 223.

1. Wegfall der Hauptschuld. Hiervon ist bereits gehandelt worden (§. 477 Nr. 1. b).

2. Zusammenkommen der Hauptschuld und der Bürgschaftsverpflichtung in derselben Person[1]. Doch besteht in diesem Falle die Bürgschaftsverpflichtung fort, wenn sie wirksamer ist, als die Hauptschuld[2].

3. Wenn der Hauptschuldner die Befriedigung des Gläubigers ungebührlich verzögert, oder sein Vermögen verschwendet, so kann der Bürge verlangen, daß der Hauptschuldner ihm Befreiung verschaffe[3].

3. Rückgriff des Bürgen.

§. 481.

1. Ob der Bürge, welcher geleistet hat, auf den Hauptschuldner zurückgreifen kann, hängt von dem zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältniß ab. Er kann es nicht, wenn er die Bürgschaft für eine Schuld übernommen hat, welche eigentlich ihn angeht[1], oder zwar im Interesse des Hauptschuldners, aber ohne die Absicht, denselben zu verpflichten[2]. Sonst kann er zurückfordern nach den Regeln entweder des Auftrags oder der Handlung in fremdem Interesse[3]. Auch wenn er geleistet hat, wozu er nicht verpflichtet war, kann er das Geleistete dann

---

§. 480. [1] L. 5 l. 14 l. 71 pr. i. f. D. h. t., l. 13 D. de duob. reis 45. 2. Gilt dieser Satz auch für das constitutum? Für das constitutum als solches gewiß nicht, da dasselbe ja hauptsächlich auf eigene Schulden berechnet ist; für das constitutum zum Zweck der Bürgschaft aber allerdings, nach demselben Grundsatz, nach welchem er für den fideiussor im Gegensatz zum gewöhnlichen Correalschuldner gilt.

[2] L. 21 §. 2 l. 95 §. 3 D. h. t. Daß aber für die Bürgschaftsverpflichtung wieder eine Bürgschaft bestellt ist, erhält sie nicht aufrecht, l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3. A. M. Girtanner S. 492.

[3] L. 38 §. 1 D. mand. 17. 1, l. 10 C. eod. 4. 35. Vgl. Girtanner S. 529 fg.

§. 481. [1] Vgl. l. 24 D. de pact. 2. 14, l. 8 §. 1 D. qui satisd. 2. 8.

[2] Z. B. er will dem Hauptschuldner eine eventuelle Schenkung machen, l. 6 §. 2 D. mand. 17. 1, l. 9 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6.

[3] Actio mandati oder actio negotiorum gestorum contraria. L. 6 §. 2 l. 18 l. 20 §. 1 l. 21 l. 22 pr. §. 1 l. 40 l. 60 §. 1 D. mand. 17. 1, §. 6 I. h. t.

zurückfordern, wenn ihn keine Schuld trifft[4]; und er kann zurückfordern, ohne geleistet zu haben, wenn der Gläubiger ihm die Schuld in der Absicht erlassen hat, um dadurch ihn zu bereichern[5]. — Dem Bürgen kann zur Sicherheit seines Rückforderungsrechts von dem Hauptschuldner seinerseits ein Bürge gegeben werden (Rückbürge). Besondere Grundsätze gelten für diesen Fall der Bürgschaft nicht[6].

2. So weit der Bürge einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner hat[7], kann er auch von dem Gläubiger verlangen, daß dieser ihm seine Forderung gegen den Bürgen abtrete[8].

3. Mitbürgen, welche mehr als ihren Theil geleistet haben, haben einen directen Rückgriff gegen den andern Mitbürgen nicht[9], wohl aber das Recht auf Forderungsabtretung gegen den Gläubiger, welchen sie befriedigen[10].

---

4 L. 10 §. 1 l. 12 l. 29 D. mand. 17. 1, l. 10 C. eod. 4. 35, l. 67 D. h. t.

5 Z. B. um ihm zu schenken, oder auch aus irgend einem andern Grund. Vgl. l. 10 §. 13 l. 12 pr. §. 1. 2 D. mand. 17. 1, und dazu §. 368 Note 11 a. E. Zu l. 11 eod. vgl. §. 352 Note 4. — Auch schon auf Grund der Verurtheilung hat der Bürge einen Anspruch gegen den Hauptschuldner, natürlich nur auf Liberation. L. 38 §. 1 D. mand. 17. 1.

6 L. 4 pr. D. h. t.

7 Diese Beschränkung wird gewöhnlich nicht hinzugefügt, und ist auch in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt; aber ich halte sie für unzweifelhaft. Der Bürge hat einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner nur dann nicht, wenn er demselben das von ihm Gezahlte doch hätte ersetzen müssen, oder wenn er auf den Rückgriff verzichtet hat (Note 1. 2). In diesen Fällen aber würde ihm auch die vom Gläubiger freiwillig abgetretene Forderung nichts helfen; um so weniger darf er ihre Abtretung verlangen.

8 S. g. beneficium cedendarum actionum. L. 36 D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 95 §. 11 D. de sol. 46. 3, Nov. 4 c. 1 Girtanner S. 211 fg. 248 fg. 468 fg. 533 fg. Vgl. noch Knorr Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 170 fg. und Holzschuher III §. 311 Nr. 16. Seuff. Arch. VII. 313, XII. 117. Wie viel kann mit der abgetretenen Klage von dem Mitbürgen gefordert werden? Seuff. Arch. XVII. 144.

9 L. 39 D. l. 11 C. h. t., §. 4 I. h. t. A. M. Girtanner S. 538 Note 9.

10 L. 17 l. 36 l. 41 §. 1 D. h. t., l. 12 D. rem. pup. 46. 6. Dedekind (§. 479) p. 129—133. A. M. Savigny Obl. I S. 273 fg.

B. Die s. g. actiones adiecticiae qualitatis*.

1. Actio quod iussu[1], actio institoria[2], actio exercitoria[2].

§. 482.

Mit dem Namen actiones adiecticiae qualitatis[3] werden hergebrachtermaßen eine Reihe von Fällen bezeichnet, in welchen Jemand aus den Verpflichtungen eines Andern als Selbstschuldner nach gesetzlicher Regel haftet. Das Gesetz gibt dem Gläubiger zu demjenigen, welcher zunächst sein Schuldner wird, einen zweiten Schuldner; das Verhältniß zwischen diesen beiden Schuldnern ist näher zu denken als Correalverhältniß[4].

Auf die ersten der hierher gehörigen Fälle gehen die in der Ueberschrift des §. genannten Klagnamen. Dieselben bezeichnen folgenden Satz: als Selbstschuldner haftet neben dem ein Rechtsgeschäft Abschließenden derjenige, welcher die Erklärung abgegeben hat, daß das Rechtsgeschäft rechtlich als mit ihm abgeschlossen gelten solle[5]. Diese Erklärung kann direct gegenüber dem anderen

---

* Inst. 4. 7, Dig. 14. 5, Cod. 4. 26 quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur. — Ruhstrat Arch. f. d. Praxis des im GH. Oldenburg geltenden R. I S. 16 fg. Buchka Lehre von der Stellvertretung S. 22—61. Brinz krit. Blätter II S. 10—20. Savigny Obl. II S. 378—383. Unterholzner I S. 414—439, Sintenis II S. 378—383. (Die beiden zuerst genannten Darstellungen schließen die actio de peculio aus.)

§. 482. [1] Dig. 15. 4 quod iussu. — Thibaut Arch. f. civ. Pr. XII. 10 (1829). Müller civilist. Abhandlungen Nr. 4 (1853). Schmid Arch. f. civ. Pr. XXIX. 3 (1846). Chambon Beiträge zum Obligationenr. S. 179—268 (1851). Vangerow I §. 240 Anm.

[2] Dig. 14. 1 de exercitoria actione, 14. 3 de institoria actione. Cod. 4. 25 de institoria et exercitoria actione. — C. A. Weiske skeptisch-praktische Behandlung einiger civilrechtl. Gegenstände Nr. 2 (1829). Kritz Pandektenr. I. 1 S. 288—347 (1835). Thöl Handelsrecht I §. 20—33c.

[3] Derselbe beruht auf l. 5 §. 1 D. de exerc. act. 14. 1: — „hoc edicto non transfertur actio, sed adiicitur". Vgl. l. 1 §. 17. 24 D. eod., l. 17 §. 1 D. de inst. act. 14. 3.

[4] S. §. 297 Note 6; übrigens auch Keller Jahrb. f. Dogm. III S. 174—179.

[5] L. 1 pr. D. quod iussu 15. 4. „Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur; nam quodammodo cum eo contrahitur, qui iubet". L. 5 §. 3 D. de trib. act. 14. 4.

Contrahenten abgegeben werden[6]; sie liegt aber auch schon darin, daß Jemand zur Besorgung eines gewissen Geschäftskreises angestellt wird[7], ja sie liegt in jedem Auftrag zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes, welcher Jemandem ertheilt wird[8]. Nur ist in diesen letzteren Fällen erforderlich, daß das Rechtsgeschäft mit

---

6 Auf diesen Fall geht die actio quod iussu. Das Wort iussus hat hier den technischen Sinn, welcher in §. 412 Note 8 bezeichnet worden ist; es bedeutet nicht Befehl, sondern Verweisung, Anweisung. Indem man diese technische Bedeutung von iussus verkannte, und zu gleicher Zeit in's Auge faßte, daß die actio quod iussu auf den Fall berechnet ist, wo Jemand durch gewaltunterworfene Personen verpflichtet werden will (Note 10), hat man die Behauptung aufgestellt, daß der iussus an den Gewaltunterworfenen gerichtet werden müsse, oder doch, daß dieß der Normalfall der actio quod iussu sei. Vgl. den Bericht bei Vangerow a. a. O. Nr. 1. Die Quellen sprechen fast allein von einem iussus an den Dritten (s. namentlich l. 1 §. 1. 8. 9 l. 2 pr. §. 1. 2 l. 3 l. 4 l. 5 §. 1 D. h. t. 15. 4, §. 1. 5 I. quod cum eo 4. 7, l. 13 C. eod. 4. 26), und die einzige Stelle (zu l. 1 §. 2 D. h. t. 15. 4 vgl. l. 12 D. de SC. Mac. 14. 6), in welcher der iussus unzweifelhaft auf den Gewaltunterworfenen bezogen wird, l. 2 D. quod cum eo 14. 5, hat nicht die Absicht, die Voraussetzungen gerade der actio quod iussu anzugeben. Ein Geheiß an den Gewaltunterworfenen kann die actio quod iussu nur insofern begründen, als in diesem iussus indirect ein iussus auch an den Dritten liegt (vgl. Note 7), und in diesem Sinne wird aus einem solchen Geheiß — jedoch ohne daß es als iussus bezeichnet wird — die actio quod iussu allerdings gegeben in l. 5 §. 2 D. de in rem verso 15. 3, l. 10 §. 2 D. de fidei. 46. 1, vgl. l. 1 §. 8. 9 D. h. t. 15. 4; s. andererseits aber auch l. 6 C. de inst. et exerc. act. 4. 25 (Note 8).

7 Hierauf beruhen die actio institoria und die actio exercitoria. Jene ist begründet gegen denjenigen, welcher einen institor, d. h. einen Gewerbeführer, Gewerbeverwalter angestellt hat (§. 2 I. h. t. 4. 7, l. 3 – l. 5 §. 8 l. 18 D. h. t., Thöl §. 21. 22). Die actio exercitoria ist eine Anwendung der actio institoria für einen besonderen Fall (l. 1 pr. D. h. t. 14. 1, l. 4 C. h. t. 4. 25, l. 7 §. 1 l. 13 §. 2 D. de inst. act. 14. 3); sie ist begründet gegen den Schiffsrheder (exercitor), welcher einen Schiffsführer (magister navis) angestellt hat (§. 2 I. h. t. 4. 7, l. 1 pr. — §. 5. 15. 16 D. h. t. 14. 1). Vgl. §. 8 I. h. t. 4. 7: „Ei quoque, qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet; quia huius quoque iussu contractum intelligitur". L. 1 §. 2 D. de exerc. act. 14. 1: — „si quidem, qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit". L. 29 D. de R. C. 12. 1.

8 Die Quellen sagen, in diesem Falle sei eine actio ad exemplum institoriae actionis, eine utilis institoriae, quasi institoria actio begründet. L. 31 pr. D. de neg. gest. 3. 5, l. 19 pr. D. h. t. 14. 3, l. 10 §. 5 D. mand. 17. 1, l. 13 §. 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5. 6 C. h. t. 4. 25.

Bezugnahme auf Anstellung bez. Auftrag abgeschlossen worden sei[9]. Der im Voraus abgegebenen Erklärung steht hinterherige Genehmigung gleich[9a]. Ob derjenige, welcher das Rechtsgeschäft abschließen soll, in der Gewalt des Erklärenden steht, oder unabhängig von ihm ist, ist gleichgültig[10]. Ebenso ist gleichgültig, ob das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Abschließenden, oder die des Erklärenden betrifft[11]; nur muß, wenn es die An-

---

[9] L. 3 §. 9 D. de exerc. act. 14. 1. Thöl §. 29. Also es ist erforderlich: 1) daß der dritte Contrahent von der Anstellung bez. dem Auftrage gewußt, und mit Beziehung auf dieselben contrahirt habe; 2) daß diese seine Willensrichtung in dem Geschäfte auch erkennbar hervorgetreten sei. Ob dieß aber in der Weise geschieht, daß der Angestellte ꝛc. sich von vorne herein als Geschäftsführer präsentirt, und mit ihm darauf hin das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, oder in der Weise, daß der dritte Contrahent erklärt, er schließe mit ihm nur im Hinblick auf seine Anstellung ꝛc. ab, ist gleichgültig. — Gegen die von Savigny Obl. II S. 61—66 aufgestellte Ansicht, daß der Geschäftsherr aus den Rechtsgeschäften seines Geschäftsführers unter allen Umständen hafte, s. namentlich Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 312 fg. 335 fg. Seuff. Arch. XVIII. 241.

[9a] L. 1 §. 6 vgl. §. 4 D. h. t. 15. 4.

[10] Die actio quod iussu setzt allerdings Gewaltunterworfenheit des Abschließenden voraus, während die actio institoria und die actio exercitoria auch aus Geschäften unabhängiger Personen gegeben werden (§. 2 I. h. t. 4. 7). Die actio quasi institoria (Note 8) aber deckt alle Fälle der actio quod iussu.

[11] Dieß ist bestritten. Nach der Meinung Anderer soll die actio quod iussu (bei der actio institoria und der actio exercitoria ist es von selbst klar, daß es sich um Angelegenheiten des Erklärenden handelt) nur dann begründet sein, wenn das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Contrahirenden, oder umgekehrt nur dann, wenn es die Angelegenheiten des Erklärenden betrifft; s. den Bericht bei Vangerow a. a. O. Nr. 2. Aber die erste Meinung beruht auf einer offensichtlich falschen Erklärung der l. 5 pr. D. h. t. 15. 4 und l. 4 C. quod cum eo 4. 26, und steht in Widerspruch mit l. 5 §. 2 D. de in rem verso 15. 3. Wenn die zweite Meinung richtig wäre, so müßte die actio quod iussu auch bei Rechtsgeschäften in Betreff des peculium concessum unzuläßig sein, — denn auch diese sind für den Herrn und Vater negotia aliena, da er aus ihnen nur bis zum Belange des peculium haftet —; und dieß, wie es bei der allgemeinen Ausdrucksweise der Quellen an und für sich unwahrscheinlich ist, wird direct widerlegt durch l. 9 §. 8 D. de pec. 15. 1, l. 10 §. 10 D. de in rem verso 15. 3. S. auch l. 1 C. quod cum eo 4. 26, l. 7 D. de tut. 26. 1, l. 21 D. de adm. et per. 26. 7, Paul. S. R. I. 4 §. 6. Ueber l. 25 D. ad SC. Vell. 16. 1 und l. 1 §. 5 D. h. t. 15. 4 s. die folgende Note.

gelegenheiten des Abschließenden betrifft, die Erklärung in dem Sinne erfolgt sein, daß die zu begründende Verbindlichkeit nicht bloß formal, sondern auch materiell eine eigene Verbindlichkeit des Erklärenden werden soll; sonst gilt das Recht der Bürgschaft[12]. Betrifft das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Erklärenden, so wird regelmäßig der Abschließende bei dem Abschluß an den Tag legen, daß er nicht für sich, sondern für den Erklärenden, nicht in eigenem Namen, sondern im Namen des Erklärenden zu handeln gemeint sei, und dann haftet nach dem im heutigen Recht anerkannten Princip der directen Stellvertretung der Abschließende gar nicht, und nur der Erklärende[13]. Jedoch ist es nicht ausgeschlossen, daß der Abschließende auch in eigenem Namen handele, und also zunächst sich, und erst durch sich den Erklärenden zum Schuldner mache[14]. — Im Einzelnen ist noch

---

12 Es muß die Erklärung eben nicht zum Zweck der Sicherstellung des dritten Contrahenten abgegeben worden sein. Zu diesem Satze paßt zwar nicht ganz das „periculo meo“ in l. 1 §. 1 D. h. t. 15. 4; aber seine Annahme wird unbedingt nothwendig durch l. 25 D. ad SC. Vell. 16. 1. „Si domina servo suo credi iusserit, actione honoraria tenetur. Quod si pro eo fideiusserit, exceptione SC[i] Velleiani iudicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit“. Ließe die actio quod iussu zu, daß die zu begründende Verbindlichkeit als materiell fremde übernommen werde, so hätte die Haftung der Frau aus der actio quod iussu nicht als unbedingte hingestellt werden können. Vgl. auch l. 1 §. 5 D. h. t. 15. 4. „Quid ergo si fideiusserit pro servo? Ait Marcellus, non teneri quod iussu; quasi extraneus enim intervenit“. — Viel eher könnte man auf Grund dieser Stellen die Behauptung aufzustellen geneigt sein, daß die durch den iussus übernommene Verbindlichkeit nicht bloß eine materiell eigene werden, sondern von Anfang an eine materiell eigene gewesen sein müsse; aber dem steht das in der vorigen Note Bemerkte entgegen.

13 S. oben §. 313.

14 Man unterscheide folgende Fälle. a) Das Rechtsgeschäft ist von der Art, daß es im Namen des Erklärenden gar nicht vorgenommen werden kann. Von dieser Art ist die Bürgschaft für den Erklärenden; s. l. 10 §. 2 D. de fidei. 46. 1, welche Stelle aus einer von dem Sohne für den Vater geleisteten Bürgschaft gegen den Letzteren die actio quod iussu gibt. b) Das Rechtsgeschäft könnte auch im Namen des Erklärenden vorgenommen werden; aber während der Erklärende den iussus direct an den dritten Contrahenten richtet (actio quod iussu), beauftragt er den Abschließenden ebenso ausdrücklich, in seinem eigenen (des Abschließenden) Namen abzuschließen. c) Die Erklärung an den Dritten liegt in der Anstellung des Abschließenden, in dem ihm ertheilten

Folgendes zu bemerken. 1) Haftet der Erklärende für die Schuld des Abschließenden nur in derjenigen Gestalt, in welcher sie durch den Abschluß des Rechtsgeschäfts begründet worden ist, oder ergreift ihn diese Schuld auch in derjenigen Gestalt, welche sie durch ein späteres rechtswidriges Verhalten des Abschließenden annimmt? Es ist das Letztere zu sagen; nur mit der Maßgabe, daß, wenn das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Erklärenden betrifft, der Erklärende für die Rechtswidrigkeit des Abschließenden bloß dann haftet, wenn es mit seinem Willen geschehen ist, daß derselbe in eigenem Namen, und nicht im Namen des Erklärenden abgeschlossen hat[15]. 2) Mehrere Erklärende haften jeder auf das

---

Auftrag (actio institoria, exercitoria, quasi institoria). In diesem Falle ist, damit die actio institoria etc. überhaupt begründet sei, beim Abschluß des Rechtsgeschäfts Bezugnahme auf die Anstellung ꝛc. erforderlich (Note 9), und es ist zuzugeben, daß durch diese Bezugnahme regelmäßig auch ein Contrahiren im Namen des Principals gegeben sein wird; aber nothwendig ist dieß nicht. Wie, wenn der Angestellte ꝛc. ausdrücklich erklärte, daß er zwar in Ausführung des ihm ertheilten Auftrages, aber nichtsdestoweniger in eigenem Namen abzuschließen gewillt sei: würde man auch in diesem Falle nicht ihn, oder umgekehrt nur ihn, wollen haften lassen? Nur ihn — wo dieß doch genau der Fall wäre, auf welchen die actio institoria und exercitoria berechnet sind? Und was ausdrücklich erklärt wirksam ist, sollte das weniger wirksam sein, wenn es aus den Umständen als gewollt unzweifelhaft erkannt werden kann? Der hier vertheidigten Ansicht sind Sintenis II S. 370. 362 in der Anm., Zaun Arch. f. pr. RW. N. F. I S. 40. 41. Dawider namentlich Thöl §. 25 Note 1, §. 29 Note 1. Auch das HGB. kennt nur Contrahiren in eigenem Namen schlechthin und Contrahiren in fremdem Namen, kein Mittleres (Art. 52). — Ueber die heutige Anwendbarkeit der actio quod iussu speziell s. die verschiedenen Ansichten bei Chambon S. 253 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 3, Sintenis §. 102 Anm. 91.

[15] L. 5 §. 8. 10 D. de inst. act. 14. 3. Thöl §. 33 Nr. 2 schließt die Verhaftung des Principals für unerlaubte Handlungen des Institor unbedingt aus. „Denn so weit der Institor nicht contrahirt, ist er gar nicht in seiner Sphäre als Institor". Ich meine, der römische Institor, welcher eben in eigenem Namen contrahiren sollte, war in seiner Sphäre als Institor, auch nachdem er contrahirt hatte. Ein unmittelbarer Beweis liegt in den zu Anfang dieser Note genannten Stellen. Thöl meint, in diesen Stellen würden die unerlaubten Handlungen des Institor nicht als die Handlungen eines Institor, sondern als die Handlungen eines Gehülfen, durch welchen der Principal die von dem Institor für ihn begründete Verbindlichkeit erfüllen lasse, in Betracht gezogen. Aber der Satz, daß der Schuldner unbedingt für die Hand-

Ganze[16]; sie sind, wie mit dem Abschließenden, so auch unter sich Correalschuldner[16a]. 3) Der Abschließende haftet ebenso unbe-

---

lungen des Gehülfen einstehe, dessen er sich bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, kann als richtig nicht anerkannt werden (§. 401 Note 5); und auch abgesehen hiervon wäre es doch auffallend, wenn die Frage ob Jemand Institor sei — denn nur um diese Frage handelt es sich im Zusammenhang jener Stellen — mit Beziehung auf einen Fall erörtert würde, in welchem der Institor als Institor gar nicht in Betracht kommt. Was hätte den Juristen bewegen können, in die Frage, welche er wirklich beantworten will, eine ganz andere Frage hineinzuwerfen, und diese nebenbei und ganz stillschweigend mit abzumachen? Wie Thöl: Burchardi Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen S. 166 fg., Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 281, Seuff. Arch. IV. 35, vgl. V. 164, VI. 190. — Die l. 5 §. 10 cit. ist in der neueren Zeit der Gegenstand sehr eingehender Erörterungen geworden, welche sich aber nicht auf die hier verhandelte Frage, sondern auf die Erklärung des Zusammenhanges der Stelle beziehen. Es sind darüber vier verschiedene Meinungen aufgestellt worden: 1) die von Puchta §. 278. d, vertheidigt von Rudorff das., Dedekind Arch. f. civ. Pr. XLI. 8, Burchardi a. a. O.; 2) die von Vangerow III §. 661 (Mühlenbruch Cession S. 143 Note 287, Kritz a. a. O. S. 315 fg.), vertheidigt von Keller Jahrb. d. gem. R. II. 5; 3) die von Thöl a. a. O.; 4) die von Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 78 fg. Von diesen verschiedenen Meinungen würde auf die hier verhandelte Frage nur die Vangerow-Keller'sche von Einfluß sein, nach welcher die Personen des Institor und des die unrechtmäßige Handlung Begehenden nicht zusammenfallen, dieser letztere vielmehr nur als Gehülfe erscheint. Aber gegen diese Erklärung spricht: 1) daß auch in den beiden vorhergehenden §§. der Institor und der die unrechtmäßige Handlung Vornehmende dieselbe Person sind; 2) daß es in der von Keller angezogenen Stelle aus den S. R. des Paulus II. 8 §. 3 heißt: „quod cum discipulis ... contractum est“, wornach also das Thöl-Ihering'sche Bedenken aufrecht bleibt; 3) wenn die Lehrlinge durch ihr Annehmen den Institor verpflichten können, warum nicht auch den abwesenden Principal, welcher sein Geschäft in seiner Abwesenheit durch einen „procurator“ weiter treiben läßt? Mir scheint von allen jenen Erklärungen die Ihering'sche noch am Meisten für sich zu haben. Die Puchta'sche hat, wie ich glaube, durch die von Rudorff in der 8. Aufl. am Schluß hinzugefügte Bemerkung nicht gewonnen. Zu dem letzten Satz der Stelle vgl. noch l. 5 pr. D. quod iussu 15. 4, l. 4 C. quod cum eo 4. 26.

[16] L. 5 §. 1 D. quod iussu 15. 4, l. 1 §. 25 — l. 4 §. 2 D. de exerc. act. 14. 1, l. 13 §. 2 l. 14 D. de inst. act. 14. 3 Thöl Handelsr. §. 37 (S. 214. 215) behauptet, die solidarische Verhaftung falle weg, wenn der Regreß gegen den Genossen aus rechtlichen oder factischen Gründen ausgeschlossen sei. Er beruft sich dafür weniger auf l. 14 D. de inst. act. 14. 3 (a. a. O.

dingt, wie der Erklärende, und auch wenn er als Geschäftsführer gehandelt hat, nicht etwa nur so lange, wie seine Geschäftsführung dauert[17]. 4) Ein Forderungsrecht aus dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft hat der Erklärende, abgesehen von der Einwirkung eines zwischen ihm und dem Erklärenden bestehenden Gewaltsverhältnisses, nur im Fall der Noth oder aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt[18].

2. Actio de in rem verso*.

§. 483.

Als Selbstschuldner haftet neben dem ein Rechtsgeschäft Ab-

Note 15), als auf l. 13 §. 2 eod. in Verbindung mit l. 27 §. 8 l. 28 D. de pec. 15. 1, in welchen letzteren Stellen aber von Fällen die Rede ist, in welchen eine solidarische Verhaftung des Genossen gar nicht stattfindet. Vgl. auch Vangerow III S. 494, Gensel Arch. f. pr. RW. N. F. I S. 191.

16a Denn sie haften aus derselben Obligation.

17 Denn er hat sich ja in eigenem Namen verpflichten wollen. L. 67 D. de proc. 3. 3. Man hat das Gegentheil behauptet wegen l. 20 D. de inst. act. 14. 3, welche aber von einem Falle handelt, in welchem angenommen wird, daß der Geschäftsführer gar nicht die Absicht gehabt habe, überhaupt eine Verpflichtung für sich zu begründen („nec iure his verbis obligatum"). Ruhstrat a. a. O. (Note *) S. 45. 46 und Arch. f. civ. Pr. XXX S. 345, Thöl §. 26 Note 9, Vangerow III §. 661 Anm. — Noch viel weniger begründet ist die Behauptung, daß der Geschäftsführer auch bei währender Geschäftsführung nicht genöthigt werden könne, den Gläubiger aus eigenem Vermögen zu befriedigen. Vgl. Vangerow a. a. O. und andererseits Holzschuher III §. 276 Nr. 5.

18 L. 2 D. de inst. act. 14. 3: — „si modo aliter rem suam servare non potest". L. 1 §. 18 D. de exerc. act. 14. 1: — „propter ministerium annonae". S. noch l. 5 D. de stip. praet. 46. 5, l. 49 §. 2 D. de acq. vel om. po. 41. 2. Wie die Compilatoren die im Text bezeichnete Maßgabe der l. 1 D. de inst. act. 14. 3 hinzugefügt haben, so ist mit derselben auch l. 13 §. 25 D. de A. E. V. 19. 1 zu verstehen. S. auch l. 1 §. 18 D. de exerc. act. 14. 1. Mühlenbruch Cession S. 145. 146, Thöl §. 24, Schmid Cession I S. 403 fg. 422 fg.

§. 483. * Dig. 15. 3 de in rem verso. — S. außer den bei §. 482 Note * genannten Schriftstellern: Keller commentatio ad L. Si ex duobus 32 pr. §. 1. ff. de peculio (1822). Kritz Pandektenrecht I. 1 S. 429—476 (1835). Leist civilistische Studien II S. 61—102 (1855). H. Witte Bereicherungsklagen S. 256—273 (1859).

schließenden auch der durch dieses Rechtsgeschäft Bereicherte[1] bis zum Belange der Bereicherung; jedoch nur mit folgenden Maßgaben. 1) Es muß dem Bereicherten die Bereicherung in einer Weise zugegangen sein, daß er dadurch zum Ersatz an den Abschließenden verpflichtet wird[2]; auch muß diese Verpflichtung nicht hinter-

[1] L. 1 pr. D. h. t.: — „tenentur ... si in rem eorum, quod acceptum est, conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur".

[2] Mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Fall, wo die Bereicherung dem Bereicherten durch den das Rechtsgeschäft Abschließenden selbst zugeht (Note 7), heißt es in den Quellen, dieser dürfe dem Bereicherten nicht animo donandi, er müsse ihm animo negotia gerendi die Bereicherung zugewendet haben. L. 7 pr. l. 10 §. 2 D. h. t.; l. 5 §. 3 l. 7 §. 5 l. 10 §. 10 l. 11 D. eod. Mit diesen ganz zweifellos redenden Stellen steht l. 7 §. 1 D. h. t. („Plane si mutuum servus acceperit, et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est") in so handgreiflichem Widerspruch (ein mißlungener Lösungsversuch bei Buchka Stellvertret. S. 32 Note 6), daß ich nicht anstehe, statt „est" zu lesen „cessat". — Auch l. 3 §. 2 D. h. t. („Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem") darf hierher gezogen werden, obgleich diese Stelle, wie der Zusammenhang lehrt, unmittelbar nur von der Frage handelt, wann man sagen dürfe, daß der Herr wirklich bereichert worden sei. — Witte a. a. O. führt, namentlich auch auf Grund der zuletzt genannten Stelle, in weiterer Entwickelung eines Gedankens von Keller, die actio de in rem verso auf eine Fiction der Cession der dem Abschließenden gegen den Bereicherten zustehenden actio mandati oder negotiorum gestorum zurück, indem er für den Fall, von welchem das römische Recht ausgegangen ist, dem, wo der Abschließende der Gewalt des Bereicherten unterworfen ist (Note 4), die weitere Fiction hinzunimmt, daß diesem eine Klage gegen den Gewalthaber wirklich zustehe. Ich glaube nicht, daß dieß der Gedankenzusammenhang des römischen Rechts ist. Mir ist es nicht zweifelhaft, daß der wirkliche Anlehnungspunkt der actio de in rem verso die actio de peculio ist. Wenn der Gewaltunterworfene ein peculium hat, und die actio de peculio noch begründet ist, so ist die actio de in rem verso überflüssig, indem die natürliche Verbindlichkeit, welche für den Gewalthaber aus der zu seinen Gunsten gemachten Verwendung entstanden ist, bei der Berechnung des peculium mit in Anschlag gebracht wird (l. 1 §. 2 l. 19 D. h. t.). In der actio de in rem verso wird nun die natürliche Verbindlichkeit des Gewalthabers aus der Verwendung auch für den Fall zur Geltung gebracht, wo die actio de peculio entweder nie begründet gewesen ist, oder begründet zu sein aufgehört hat. Auf diesen Zusammenhang weist auch hin, daß beide Klagen in derselben Formel zusammengefaßt wurden (Gai. III. 73, §. 4 I. h. t.). Vgl. l. 19 cit. i. f. — „quae tamen adiectio tunc necessaria est, cum annus post mortem filii excessit".

her wieder weggefallen sein[3]. 2) Wenn der Abschließende nicht der väterlichen Gewalt des Bereicherten unterworfen ist[4], so muß das Rechtsgeschäft in des Letzteren Angelegenheiten, und mit Hinweisung darauf, daß es dessen Angelegenheiten betreffe, vorgenommen worden sein[5]. — Die Bereicherung[5a] kann dem Be-

---

[3] L. 10 §. 6—9 D. h. t. Seuff. Arch. VI. 192.

[4] Die actio de in rem verso ist ursprünglich nur für die Rechtsgeschäfte gewaltunterworfener Personen aufgestellt, und erst später auf die Rechtsgeschäfte Unabhängiger ausgedehnt worden, l. 7 §. 1 C. h. t. 4. 26, l. 82 D. pro soc. 17. 2. S. übrigens auch Note 5 a. E.

[5] Wenn der das Rechtsgeschäft Abschließende der Gewalt des Bereicherten unterworfen ist, so ist es nicht erforderlich, daß das Rechtsgeschäft in Angelegenheiten des Gewalthabers abgeschlossen worden sei. L. 5 §. 3 l. 3 §. 1 i. f. D. h. t., l. 3 pr. l. 7 §. 2 eod. Die gegentheilige Behauptung Leist's S. 64, welcher sogar so weit geht, zu verlangen, daß auch der dritte Contrahent im Hinblick auf den Gewalthaber abgeschlossen haben müsse, findet weder in l. 3 §. 9 D. h. t., noch in den übrigen von Leist angeführten Stellen eine Stütze. Der animus negotia gerendi des Abschließenden beim Abschluß des Geschäfts ist nur insoweit nöthig, als ohne ihn kein Ersatzanspruch gegen den Bereicherten begründet sein würde (Note 6 und l. 7 §. 4 D h. t. [Note 7]). S. auch Witte S. 270 fg. Ist dagegen der das Rechtsgeschäft Abschließende der Gewalt des Bereicherten nicht unterworfen, so ist die actio de in rem verso gegen den Bereicherten nur dann begründet, wenn sowohl: a) das Rechtsgeschäft in dessen Angelegenheiten abgeschlossen worden, als auch b) der Abschließende dabei als Geschäftsführer hervorgetreten ist. Das erste Erforderniß ist früher vielfach verkannt worden, woraus sich eine ganz ungebührliche Ausdehnung der actio de in rem verso ergeben hat; jetzt wird es wohl nicht mehr bestritten. S. Kämmerer Arch. f. civ. Pr. VIII S. 350 fg., Fritz Erläuterungen II S. 248 fg., Witte S. 268, Sintenis §. 102 Note 86. Was die Praxis angeht: Seuff. Arch. I. 211, IV. 221, VIII. 257, XVI. 44. Das zweite Erforderniß wird auch heutzutage bei Weitem nicht allgemein anerkannt. Für dasselbe mit Lebhaftigkeit Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 339 fg.; dagegen Ruhstrat (§. 472 *) S. 49 fg., Thöl §. 27 b a. E. Aus den Quellen läßt sich eine directe Entscheidung nicht gewinnen. In l. 13 C. si cert. pet. 4. 2, auf welche sich Ruhstrat beruft, wird das Gewicht des „principaliter obligatum“ durch die von Ihering angeführte l. 4 C. si tutor 2. 25 gebrochen. L. 7 §. 1 C. h. t. 4. 26, l. 82 D. pro soc. 17. 2 verlangen Geschäftsführung im Allgemeinen, ohne es besonders hervorzuheben, daß der Geschäftsführer auch als solcher hervorgetreten sein müsse (aus den Worten „et eius personam elegisti“ geht nun hervor, daß der dritte Contrahent seine Qualität als Geschäftsführer gekannt habe), — obgleich andererseits auch nichts die Annahme verbietet, und es sogar wahrscheinlich ist, daß sie dieß als selbstverständlich voraussetzen. Für mich ist entscheidend die

reicherten möglicherweise schon durch den Abschluß des Rechtsgeschäfts selbst zugehen, wenn ihm dadurch nämlich die Eingehung einer eigenen Verbindlichkeit erspart, oder er von einer eigenen Verbindlichkeit befreit wird[6]; möglicherweise erst dadurch, daß dasjenige, was der Gläubiger bei dem Rechtsgeschäft seinerseits aufgeopfert hat, in sein Vermögen verwendet wird[7]. Ist die Bereicherung einmal bewirkt worden, so schadet hinterheriger Wegfall derselben nicht[8].

3. Actio de peculio*.

§. 484.

Der Vater[1] haftet als Selbstschuldner aus den Verpflich-

Analogie der actio institoria (§. 472 Note 9). Wenn der Dritte selbst aus seiner Erklärung nicht haftet, ohne daß das Rechtsgeschäft in ausgesprochenem Hinblick auf seine Person abgeschlossen worden ist, so kann er auch aus seiner Bereicherung ohne eine solche Bezugnahme nicht haften. — Es fehlt übrigens auch nicht an Solchen, welche die Ausdehnung der actio de in rem verso auf unabhängige Geschäftsführer ganz leugnen, und in l. 7 §. 1 C. h. t. nur eine actio negotiorum gestorum anerkannt glauben. S. Kämmerer a. a. O. S. 351, Fritz a. a. O. S. 248 Note 432; auch Puchta Vorl. zu §. 279 a. E. Andere (Savigny Obl. II S. 32, Arndts §. 248 Anm. 3) wenden wenigstens hier die Fiction der Cession an, von welcher in Note 3 die Rede gewesen ist, und erklären die Klage des dritten Contrahenten gegen den Geschäftsführer für die als cedirt gedachte actio mandati oder negotiorum gestorum des Geschäftsführers.

5a Vgl. zum Folgenden namentlich Leist S. 66 fg.

6 L. 17 pr. l. 19 l. 10 §. 1. 2 D. h. t. Vgl. l. 15 D. h. t.; aber auch l. 10 §. 2 D. de fidei. 46. 1.

7 Diese Verwendung wird regelmäßig durch den Abschließenden erfolgen; daß dieß aber nicht der einzig mögliche Fall ist, zeigen l. 7 §. 4 D. h. t. (Verwendung durch den Gläubiger selbst), l. 19 eod. (der Vater nimmt eine von dem Sohne gekaufte Toga, nicht wissend, daß sie zu dessen peculium gehört, an sich). Von jenem regelmäßigen Falle handeln l. 3 §. 1. 3—8. 10 l. 5 pr. §. 2 l. 7 §. 5 l. 8. 9 l. 10 pr. l. 12. 15. 19 l. 20 pr. l. 21 D. h. t. Zu l. 3 §. 3 cit. vgl. Seuff. Arch. IX. 305. 306, X. 61, XVII. 64.

8 L. 3 §. 7. 8. 10, l. 17 pr. D. h. t.

* Dig. 15. 1 de peculio, 15. 2 quando de peculio actio annalis sit. — §. 484. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V. 4 (1848). Dietzel Jahrb. d. gem. R. II. 1. 12, III. 3 (1858. 1859). Keller das. III. 6 (1859). Rösler Zeitschr. f. Handelsr. IV. S. 300—318 (1861). Bekker das. IV S.

tungen der seiner Gewalt unterworfenen Kinder mit Allem, was er denselben zum factisch selbständigen Haben überlassen hat, so daß es, ohne rechtlich aus dem Vermögen des Vaters auszuscheiden, äußerlich als Vermögen des Kindes erscheint (Peculium, Sondergut)[2].

501—537 (1861). Außerdem gehört hierher die im vorigen §. bei * citirte Dissertation von Keller. S. auch dens. Litisconteſtation u. Urtheil S. 420 fg. 544 fg.

[1] „Vater" wird hier repräsentativ für den Inhaber der Gewalt gesagt. Das Gleiche, wie für den Vater gilt für den Großvater zc., in dessen Gewalt der Enkel zc. steht.

[2] L. 39 D. h. t. „Peculium ex eo consistit, quod . . . velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit". L. 47 §. 6 eod.: — „quia quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intelligitur". L. 32 pr. i. f. h. t. — Nach römischem Recht ist Peculium Alles, was aus dem Vermögen des Vaters an das Kind gelangt, selbst wenn der Vater es mit dem Willen dem Kinde überlassen hat, daß es in das Vermögen des Kindes übergehen solle; das Kind kann vom Vater nicht erwerben. Pr. I. per quas pers. 2. 9, l. 6 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61. Ob dieß noch heutzutage gilt, ist bestritten. Es findet sich die Behauptung (s. Note 4), daß heutzutage Schenkungen des Vaters an das Kind gültig seien. Diese Behauptung darf aber jedenfalls nicht darauf gestützt werden, daß, wie auch ich annehme, im heutigen Recht, anders als im römischem, Rechtsgeschäfte überhaupt zwischen dem Vater und dem Kinde in der Gewalt zulässig sind. Denn der Satz, daß Alles, was ex substantia patris an das Kind kommt, Vermögen des Vaters bleibe, wird in den Quellen nicht als Consequenz der Unzulässigkeit von Rechtsgeschäften zwischen beiden, sondern als directe Consequenz der Erwerbunfähigkeit des Kindes, welche in dieser Beziehung aufrechterhalten wird, behandelt. Wie die Unzulässigkeit von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Kind beim peculium castrense wegfällt (l. 2 pr. D. de contr. emt. 18. 1), so muß sie auch beim peculium adventicium wegfallen, und es ist Zufall oder Nachlässigkeit, daß dieß in den Quellen nicht ausdrücklich ausgesprochen worden ist. Dagegen ist die Erwerbunfähigkeit des Kindes in der bezeichneten Beziehung von den Compilatoren mit vollem Bewußtsein aufrechterhalten worden. Es kann sich daher nur darum handeln, ob nicht Schenkungen zwischen Vater und Kind durch ein modernes, gerade auf Schenkungen gerichtes Gewohnheitsrecht zulässig geworden sind. Ich bin nun allerdings der Ansicht, daß ein solches Gewohnheitsrecht nicht ganz wird geleugnet werden können, glaube aber nicht, daß es sich in weiterem Umfang nachweisen läßt, als in Betreff dessen, was der Vater dem Kinde zum Zweck der Begründung einer selbständigen Wirthschaft, oder zum Zwecke der Abschichtung aus der väterlichen Erbschaft zuwendet. S. Seuff. Arch. XIV. 44; VII. 195, IX. 44. 304, XV. 30; II. 305; I. 353, XVII. 255. Kierulff Sammlung der Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I S. 109 (88). Vgl. auch Arndts §. 436 Anm. 4 a. E.

Dieser Satz hat für das heutige Rechtsleben eine unendlich geringere Bedeutung, als er für das römische hatte[3]; unanwendbar ist er aber auch heutzutage nicht[4]. Das Nähere ist Folgendes.

1. Der Vater haftet mit Allem, was er dem Kinde in der be-

---

[3] Weil bei uns die väterliche Gewalt aufhört, sobald das Kind im Stande ist, für sich selbst zu sorgen, und in Folge davon einen selbständigen Haushalt begründet. Bei den Römern war die Einräumung eines Peculium hauptsächlich gerade auf den Fall berechnet, wo das Kind nach Außen hin selbständig geworden war; die ihm auch jetzt noch fehlende Vermögensfähigkeit sollte ihm durch das Peculium ersetzt werden. — Eine noch wichtigere Anwendung fand das Peculium im römischen Rechtsleben bei den Sclaven.

[4] Für die heutige Unanwendbarkeit der actio de peculio und der römischen Grundsätze vom s. g. peculium profecticium überhaupt hat sich namentlich die gewichtige Stimme Kraut's ausgesprochen, Vormundschaft II S. 640 fg.; nach ihm Dollmann Bl. f. RAnwend. zunächst in Bayern XIV S. 129 fg.; ferner Seuffert Pand. III §. 485, Savigny Obl. II S. 52; von Aelteren s. die bei Kraut S. 641 Note 25 Genannten. Kraut's Argumentation ist diese: nach heutigem Rechte sind Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind erlaubt, also auch Schenkungen, das Geschenkte wird also pec. adventicium und nicht pec. profecticium; insofern aber der Vater dem Sohne ein Vermögen zur eigenen Disposition ohne die Absicht zu schenken übergibt, führen die heutzutage über freie Stellvertreter geltenden Grundsätze zu dem gleichen Resultat, wie die actio de peculio. Ich halte aber nun zunächst das Letztere für entschieden irrig. Nach dem heutigen Rechte der Stellvertretung haftet der Vater auf das Ganze, wenn das Kind in des Vaters Namen contrahirt hat; hat aber das Kind in eigenem Namen contrahirt, und darauf ist ja eben das Peculium berechnet, so haftet der Vater gar nicht. Was sodann die Behauptung der unbedingten heutigen Gültigkeit von Schenkungen zwischen Vater und Kind angeht, s. die Note 2. Seuffert stellt Alles darauf ab, worauf nebenbei auch Kraut hinweist, daß das dem Sohne zur Begründung einer eigenen Wirthschaft übergebene Vermögen eben auch den Austritt aus der väterlichen Gewalt begründe. Es sind dabei die Fälle übersehen, wo der Vater dem Sohne Vermögen nicht zur Begründung einer eigenen Wirthschaft, und wo er ihm Vermögen zur Begründung einer eigenen Wirthschaft nicht in der Absicht zu schenken überläßt, so daß das Kind fortfährt, aus den Mitteln des Vaters zu leben. Savigny beruft sich ohne nähere Ausführung darauf, daß das heutige Peculium nicht mehr die römische Bedeutung habe. — Eine ganz eigenthümliche Stellung zur Frage nimmt Dietzel in den beiden bei * genannten Aufsätzen ein. Er behauptet nämlich, daß die actio de peculio bereits im Justinianischen Rechte weggefallen sei. Denn peculium sei nach classischem Rechte nicht das dem Kinde vom Vater überlassene Vermögen, sondern alles vom Kinde erworbene Vermögen, auch ohne Concession des Vaters; die Grundlage der

zeichneten Weise überlassen hat[5]. Das Ueberlassen kann in einem Geben[6] bestehen, aber auch in einem Nichtnehmen des vom Kinde anderweitig Erlangten[7].

2. Der Vater haftet für alle Verbindlichkeiten des Kindes[8], mit Ausnahme der Verbindlichkeiten aus Schenkungen[9], aus Delicten[10], und derjenigen Verbindlichkeiten, welche das Kind mit

---

actio de peculio sei also nicht das peculium, sondern die „Peculienfähigkeit" des Kindes gewesen, und diese habe sich im Justinianischen Recht in eine Vermögensfähigkeit verwandelt. In dem zweiten Aufsatz sucht er dann noch auszuführen, daß durch Schenkungen des Vaters an das Kind bereits nach classischem Recht kein peculium erzeugt worden sei, d. h. daß das Geschenkte Vermögen des Vaters geblieben sei, ohne daß derselbe mit der actio de peculio haftbar geworden wäre. In Beziehung auf den ersten Punkt darf hier auf die Gegenausführung von Keller Jahrb. f. Dogm. a. a. O verwiesen werden; die zweite Behauptung halte ich für ebenso willkührlich, s. l. 15 pr. D. de castr. pec. 49. 17, l. 31 §. 2 D. de don. 39. 5, l. 37 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1; in Betreff der l. 31 §. 1 D. de don., auf welche sich Dietzel beruft, s. l. 9 §. 3 D. de I. D. 23. 3, in Betreff von Vat. fr. 294 s. l. 31 §. 2 cit. Vgl. auch Sintenis III §. 141 Anm. 67.

5 L. 4 pr. §. 1. 2 l. 5 §. 3. 4 l. 6 l. 7 pr. — §. 5 l. 39 l. 40 pr. D. h. t. S. noch l. 25 l. 40 §. 1 eod. Dazu Ubbelohde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XVI. 9.

6 L. 8 D. h. t. „Non statim, quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit; sed si tradidit, aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit". Vgl. l. 49 §. 2 D. h. t. „Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est; ideoque si dominus in rationes suas referat, se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla causa praecesserit debendi, nuda ratio non facit eum debitorem". L. 4 §. 1 eod., l. 6 §. 4 D. de pec. leg. 33. 8.

7 L. 4 §. 2 l. 39 l. 49 pr. D. h. t. In l. 7 §. 1 D. h. t. ist von einem andern Falle die Rede, von dem Nichtzurückziehen eines früher eingeräumten Peculium.

8 L. 3 §. 5. 9. 10. 11. 13 l. 5 pr. §. 1. 2 D. h. t., l. 23 §. 4 l. 57 §. 1 D. de aed. ed. 21. 1, l. 1 C. quod cum eo 4. 26 u. a. m. Der pater arrogator haftet nicht „ex ante gesto", l. 42 D. h. t.

9 Die Schenkungsbefugniß muß dem Kinde besonders eingeräumt werden, was übrigens auch stillschweigend geschehen kann. L. 7 D. de don. 39. 5, l. 28 §. 2 D. de pact. 2. 14.

10 Aus Delicten haftet der Vater nur bis zum Belange der Bereicherung des Peculium. L. 3 §. 12 D. h. t., l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1; l. 1 §. 7 D. de his qui eff. 9. 3, l. 58 D. de R. I. 50. 17. Anders aber, wenn das Kind aus dem Delicte verurtheilt worden ist, l. 3 §. 11 D. h. t., l. 35 D. de nox. act. 9. 4 (I §. 129 Note 3).

Rücksicht auf sein eigenthümliches Vermögen eingegangen hat[11]. Im Uebrigen befreit den Vater nicht einmal die ausdrückliche Erklärung, für die Verbindlichkeiten des Kindes nicht haften zu wollen[12].

3. Bei der Berechnung des Sondergutes wird auf die Zeit des Urtheils gesehen[13]. Eingerechnet wird in dasselbe Alles, was der Vater dem Sondergute schuldig ist[14]; dagegen darf der Vater abziehen, was er seinerseits von dem Sondergut zu fordern hat[15]. Dieses Abzugsrecht fällt nur dann weg, wenn das Kind mit dem Sondergut unter Zustimmung des Vaters Handel getrieben hat; in diesem Falle wird der Vater mit den übrigen Gläubigern nach gleichem Verhältniß befriedigt[16]. Eingerechnet wird in das Sondergut ferner, was der Vater dem Sondergut

---

11 L. 18 §. 5 D. de castr. pec. 49. 17.

12 L. 29 §. 1 l. 47 pr. D. h. t.

13 L. 30 pr. D. h. t, l. 53 D. sol. matr. 24. 3, l. 7 §. 15 D. quib. ex caus. in po. 42. 4.

14 L. 7 §. 6 l. 9 pr. §. 1 l. 17 i. f. D. h. t., l. 38 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6.

15 Darauf wird sogar die Definition des Peculium gestellt. L. 5 §. 4 D. h. t.: — „deducto inde si quid domino debetur"; l. 11 §. 7 eod.: — „non est in peculio, quod domino debetur". L. 16 D. de in rem verso 15. 3. Vgl. l. 9 §. 2 D. h. t.: — „quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur". Vgl. ferner einerseits l. 4 §. 5 D. h. t., andererseits l. 6. 8 D. de pec. leg. 33. 8, und dazu Dernburg Compensation S. 119 fg., Ihering Geist des röm. R. III S. 73 fg. — Selbst den Gläubigern mit einem Concursprivilegium geht der Vater vor, l. 52 D. h. t., l. 22 §. 13 D. sol. matr. 14. 3. Auch dasjenige kann der Vater abziehen, was den Personen geschuldet wird, deren Geschäfte er führt, l. 9 §. 4 D. h. t. Ausnahmsweise gilt das Abzugsrecht nicht für Strafforderungen, l. 9 §. 6 D. h. t. (vgl. l. 4 §. 4 l. 27 §. 1 eod., l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1). Vgl. im Uebrigen l. 9 §. 2 — l. 19 §. 1 l. 22 l. 47 §. 5 l. 56 D. h. t.

16 Actio tributoria Dig. 14. 4 de tributoria actione. Die Zustimmung braucht keine ausdrückliche zu sein; das Edict sprach nur von scientia patris. L. 1 pr. §. 3 D. h. t. (l. 1 §. 3 cit.: — „scientiam eam accipimus, quae habet et voluntatem; . . . non . . . velle debet dominus, sed non nolle . . ."). Betreibt das Kind zwei verschiedene Geschäfte, so haftet das Vermögen eines jeden dieser Geschäfte nur dessen Gläubigern, nicht den Gläubigern des andern Geschäfts, l. 5 §. 15. 16 D. h. t. Ueber die Conception der formula s. Keller Jahrb. f. Dogm. III S. 195. Ueber die actio tributoria überhaupt vgl. Dietzel Zeitschr. HR. II S. 1—18.

arglistigerweise entzogen hat[17]. Insoweit der Vater dasjenige, was von dem Gläubiger in Folge des Contractes an das Kind gelangt ist, in Händen hat, haftet er auch über den Betrag des Sondergutes hinaus[18].

4. Mit dem Tode des Vaters oder des Kindes, ebenso mit der Emancipation des Kindes, hört das Sondergut auf; nach dieser Zeit haften aber der Vater bez. seine Erben noch ein Jahr lang[19]. Miterben haften nur bis zu dem Belange, bis zu welchem das Sondergut an sie gelangt ist[20]. Dagegen be=

---

17 L. 5 pr. l. 21 pr. — §. 3 l. 26 D. h. t., l. 1 pr. D. quando de pec. actio 15 2, l. 9 §. 2 D. de trib. 14. 4, l. 19 D. de in rem verso 15. 3. Die Einrechnung findet jedoch nur innerhalb der Verjährungszeit der actio doli statt, und gegen die Erben nur auf die Bereicherung, l. 30 §. 6. 7 l. 31 D. h. t.

18 Kraft der Clausel: si quid dolo malo patris captus fraudatusque est. L. 36 D. h. t., l. 5 pr. eod., l. 3 §. 5 D. commod. 13. 6, l. 1 §. 42 D. dep. 16. 3.

19 Dig. 15. 2 quando de peculio actio annalis est. Die Zeit wird utiliter berechnet, l. 1 §. 2 tit. cit. In der Einziehung des Peculium, welche an und für sich dem Vater unbedingt freisteht (l. 4 pr. l. 8 l. 40 §. 1 D. h. t.), liegt, wenn sie ohne Befriedigung der Gläubiger erfolgt, ein dolus gegen die Gläubiger, und deßwegen entscheiden die Grundsätze der Note 17. L. 21 pr. D. h. t: „Sed dolum malum accipere debemus, si ei ademit peculium . .“.

20 L. 30 §. 1. 2 l. 32 pr. l. 29 pr. D. h. t., l. 7 §. 5 l. 9 §. 2 D. de trib. act. 14. 4. Ist der Sohn selbst unter den Miterben, so haftet er zwar als Principalschuldner den Gläubigern auf das Ganze, kann aber das Geleistete von seinen Miterben bis zum Belange der auf sie gefallenen Sondergutsantheile zurückfordern. L. 30 §. 3 D. h. t., l. 38 pr. D. de cond. ind. 12 6, l. 18 §. 5 D. fam. herc. 10. 2, l. 13 C. eod. 3. 36. Consequent muß man dem Sohne ein Rückforderungsrecht auf das Ganze geben, wenn von dem Sondergute gar nichts an ihn gelangt ist. — Bekker in dem bei * genannten Aufsatz findet in der Beschränkung der Verhaftung des Erben auf den an ihn gelangten Sondergutsantheil den Ausdruck des Gedankens, daß die Verpflichtung auf dem Sondergut als solchem ruhe, und mit demselben auf Jeden übergehe, an welchen das Sondergut gelange. Mir scheint das nicht richtig. Der Erbe haftet nicht, weil er das Sondergut hat, sondern weil er Erbe ist; er haftet nur, wie auch der Vater selbst, nicht weiter, als er das Sondergut hat. Das hat wohl auch Bekker selbst nicht verkannt. Auch was Bekker sonst für den bezeichneten Satz beibringt, kann ihn m. E. nicht rechtfertigen. Umgekehrt, nach l. 27 §. 2 D. h. t. haftet der Käufer des Sclaven mit der actio de peculio nicht anders, als wenn er das an ihn gelangte Peculium dem Sclaven läßt, und nach l. 1 §. 7 D. quando de pec. 15. 2 und l. 18 D. de

freit Vermächtniß des Sondergutes an einen Dritten den Erben von der Verhaftung nicht[21].

C. Uebernahme fremder Verbindlichkeiten durch Personen weiblichen Geschlechts*.

1. Das Recht des Vellejanischen Senatsschlusses.

§. 485.

Nach dem Vellejanischen Senatsschlusse[1] ist die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten (Intercession[2]) für Personen weiblichen

---

pec. leg. 33. 8 haftet nicht derjenige, welchem das Peculium vermacht worden ist. Allerdings wird man zugeben müssen, daß die Quellen hier kein ganz reines Resultat gewähren; denn s. l. 32 §. 2 D. h. t, auf der anderen Seite freilich l. 11 §. 7 eod.

[21] Denn er braucht das Sondergut nur nach Abzug der auf demselben haftenden Schulden herauszugeben. L. 1 §. 7 D. quando de pec. 15. 2, l. 9 §. 2 D. de trib. act. 14. 4, l. 18 D. de pec. leg. 33. 8.

* Dig. 16. 1 Cod. 4. 29 ad Senatusconsultum Velleianum. — Kritz §. 485
Pandektenrecht I S. 240—287 (1835). Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X. 2 (1837). Kattenhorn über Intercessionen der Frauen nach römischen Rechten (1840). Sintenis Sell's Jahrb. II. 9 (1843). Deurer Arch. f. civ. Pr. XXVIII. 15 (1846). Bachofen ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts Nr. 1 (1848). Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXII. 12. 13 (1849). Girtanner Bürgschaft S. 133 fg. 258 fg. 335 fg. (1850. 1851). Fuhr Arch. f. prakt. RW. II. 5. 6 (1854). Hasenbalg Beiträge zur Lehre von der Intercession 1. (einziges) Bändchen (1856). Sintenis II §. 129, Vangerow III §. 577. 581.

[1] Aus der Regierung des Kaiser Claudius (Glück XIV S. 438 fg., Bachofen S. 3). Die Worte des Senatsschlusses in l. 2 §. 1 D. h. t. Derselbe bestätigte nur eine bereits geltende Praxis („tametsi ante videtur ius ita dictum esse"). Vorhergegangen waren Gesetze (edicta) von August und Claudius durch welche Frauen die Intercessionen für ihre Ehemänner untersagt wurden.

[2] Der Ausdruck intercessio wird in den Quellen in einem doppelten Sinne gebraucht. In weiterem Sinne bezeichnet er eine jede Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit; in engerem Sinne aber wird nur eine solche Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit intercessio genannt, welche unter die Senatsvorschrift fällt (s. Note 3). Der erste Sinn ist der gewöhnliche; in Betreff des zweiten vgl. z. B. l. 3. 14. 16. 23. 26 D. h. t.

Geschlechts unverbindlich. — Damit die Vorschrift des Senatsschlusses Platz greife, ist im Einzelnen erforderlich [3]:

1) daß die Frau eine fremde Verbindlichkeit übernommen habe. Unter Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit wird hier verstanden: sich in die Lage versetzen, eine fremde Verbindlichkeit statt des eigentlichen Schuldners erfüllen, oder sonst eine Aufopferung zu Gunsten derselben machen zu müssen [4]. Eine fremde

---

[3] Der Senatsschluß selbst hat für unverbindlich nicht die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten erklärt (obgleich allerdings im Eingange desselben von Frauen die Rede ist, „quae pro aliis reae fierent"), sondern zwei einzelne Formen der Uebernahme fremder Verbindlichkeiten, Bürgschaft und Darlehnsaufnahme für einen Andern. Die Jurisprudenz aber hat anerkannt, daß der eigentliche Gedanke (vgl. I §. 22) der Senatsvorschrift auf die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten als solche gehen (alienam obligationem in se suscipere, l. 2 §. 5 l. 8 §. 1 D. l. 1. 8. 16. 18 C. h. t.), andererseits freilich nicht auf Alles, was Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit an und für sich genannt werden kann. Der eigentliche Gedanke der Senatsvorschrift ist aber der, daß der Frau wegen ihrer Unerfahrenheit und leicht beweglichen Gutmüthigkeit (l. 2 §. 2. 3 D. h. t.) Schutz gegen Rechtsgeschäfte gewährt werden soll, welche sie deßwegen für ungefährlich hält, weil sie vertraut, daß eine Verbindlichkeit von demjenigen, welchen sie angeht, auch werde erfüllt werden. Alle Rechtsgeschäfte, welche Frauen in diesem Glauben und Vertrauen abschließen, aber auch nur solche, fallen unter die Bestimmung des Senatsschlusses. In dieser Weise ist der eigentliche Gedanke des Senatsschlusses in dem oben bei * citirten Aufsatz von mir bestimmt worden; übereinstimmend Girtanner, Hasenbalg, Vangerow (S. 166 unt.), und, in der Formulirung, wenngleich nicht in den Consequenzen, Fuhr. Ueber die Ansichten Anderer s. den genannten Aufsatz S. 310 fg.; und vgl. noch Arndts §. 359 Anm. 3, Brinz §. 145. — An dem angeführten Orte habe ich übrigens nicht von dem „eigentlichen Gedanken", sondern von dem „Principe" des Senatsschlusses gesprochen, und ich halte das auch jetzt noch für einen ganz passenden Ausdruck. Jedenfalls habe ich dafür gesorgt, daß darüber, was unter „Princip" des Senatsschlusses zu verstehen, ein Mißverständniß nicht möglich sei, indem ich die Frage: welches ist das Princip des Senatsschlusses? durch die andere Frage wiedergegeben habe: welches sind die charakteristischen Eigenschaften derjenigen Rechtsgeschäfte, auf welche sich die Bestimmung des Senatsschlusses bezieht? Nichtsdestoweniger hat sich Sintenis Civilr. a. a. O. Anm. 78 [a] erlaubt, über meine Ansicht von der Unterstellung aus abzusprechen als gehe dieselbe nicht von dem klaren hier bezeichneten Begriff, sondern von der unbestimmten Vorstellung aus, welche er selbst mit den Ausdrücken „Zweck und Absicht" verbindet.

[4] Ueber das Letztere s. Note 7. 8. 11.d.

Verbindlichkeit erfüllen, oder sonst eine Aufopferung zu Gunsten derselben machen, ist nicht Uebernahme der fremden Verbindlichkeit[5]. Ebensowenig liegt eine Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit in dem Versprechen, dem Schuldner ersetzen zu wollen, was derselbe seinerseits zum Zweck der Erfüllung seiner Verbindlichkeit werde aufgeopfert haben[6]. — Im Uebrigen kann die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit in sehr verschiedener Weise geschehen. Sie kann nicht bloß durch Sichverpflichten geschehen, sondern auch durch Verpfändung[7]; auch in dem Verzichte auf einen Pfandvor-

---

[5] Erfüllung: l. 4 §. 1 D. l. 4 9. C. h. t. Sonstige Aufopferung: Geben an Erfüllungsstatt, l. 5 D. h. t.; Delegation eines Schuldners, l. 8 §. 5 D. h. t.; Verzicht auf ein Pfandrecht, l. 8 pr. l. 11. 21 C. h. t. L. 8 §. 5 cit.: — „mulier enim per SC^{um} relevatur, non quae deminuit restituitur". — Ueber l. 32 §. 2 D. h. t. s. Windscheid S. 291 fg., Hasenbalg S. 17 fg., Vangerow S. 143. Ich halte es jetzt für das Wahrscheinlichste, daß die Stelle von einem Verkaufe an einen Gläubiger spricht, welchem die Frau gegen den Senatsschluß ein Pfandrecht an der verkauften Sache bestellt hat. Die Frau verkauft ihm, weil er sonst seinerseits ihr die Sache wegverkaufen würde, so daß ihr Verkauf nur pignoris exsecutio ist. Vgl. den vorhergehenden §. 1. „Sed si creditor, qui pignus per intercessionem acceperit, hoc alii vendidit . . ." Dann fährt unser §. fort: „Item si mulier creditori viri fundum vendidit . .".

[6] L. 8 §. 1 l. 19 pr. §. 1 D. h. t., l. 2 C. si mater indemnitatem 5. 46. Wenn die Frau in diesem Falle erwartet, daß sie von dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft keinen Schaden haben werde, so thut sie das entweder kraft des Leichtsinns, welcher nicht daran denkt, daß Verbindlichkeiten einmal auch werden erfüllt werden müssen, oder auch vielleicht in der Hoffnung, daß für den Schuldner selbst eine Verbindlichkeit nicht werde existent werden; und gegen die nachtheiligen Folgen dieses Leichtsinns und dieser Hoffnung soll sie eben nicht geschützt werden. Damit der Gedanke des Senatsschlusses Platz greife, ist nothwendig, daß ein Anderer vorhanden sei, von dem als eigentlichen Schuldner die Frau die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit erwarten kann. L. 19 pr. cit.: — „quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit". L. 8 §. 1 cit.: — „Papinianus . . . non putat, eam intercessisse; nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem". — Die in dieser Note genannten Stellen sind (alle oder theilweise, allein oder mit andern) für Andere (Sintenis, Deurer, Vangerow) die Veranlassung gewesen, in die Definition der Intercession das Moment: Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit durch Verhandlung mit dem Gläubiger aufzunehmen. Vgl. darüber Note 8 a. E.

[7] L. 8 pr. l. 32 §. 1 D. l. 5. 7 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. VII. 32.

zug zu Gunsten einer fremden Verbindlichkeit liegt eine Uebernahme derselben[8]. Sie kann ferner geschehen entweder in der Weise, daß die Frau sich zur Schuldnerin neben dem Schuldner der fremden Verbindlichkeit macht (s. g. cumulative Intercession)[9], oder in der Weise, daß sie sich zur alleinigen Schuldnerin macht (s. g. privative Intercession)[10]. Das Letztere ist noch in doppelter Weise möglich: a) die Frau nimmt die fremde Verbindlichkeit dem Schuldner, welcher sie trägt, ab[11]; b) sie bewirkt durch ihre

---

[8] L. 17 §. 1 D. h. t.; vgl. dazu l. 12 §. 4 D. qui pot. 20. 4. Wer auf ein Pfandrecht verzichtet (Note 5), macht eine sofortige Aufopferung, er gibt ein Recht auf; wer auf einen Pfandvorzug verzichtet, setzt sich nur der Gefahr einer Aufopferung aus; denn wird die Verbindlichkeit, zu Gunsten deren verzichtet worden ist, von ihrem Schuldner erfüllt, so ist der Verzicht ohne alle Bedeutung. Anders faßt die Sache Deurer a. a. O. S. 413 fg. Er glaubt, daß der Fall der l. 17 §. 1 cit. deßwegen unter die Senatsvorschrift falle, weil der Verzicht auf den Pfandvorzug gedacht werde als die Uebernahme der Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber, den Pfandvorzug gegen ihn nicht geltend zu machen. Dieß ist aber nicht die Auffassung der Quellen; sie erblicken vielmehr den Verzicht in der dem Schuldner ertheilten Gestattung (voluntas, permissus, l. 12 §. 4 cit., l. 8 §. 6 sqq. D. quib. mod. pign. 20. 6). — Ist dieß übrigens richtig, so beweist es auch, daß das Moment „durch Verhandlung mit dem Gläubiger" (Note 6 a. E.) in die Definition der Intercession nicht gehört. — Die l. 17 §. 1 cit. ist nicht beachtet in dem Erk. bei Seuff. Arch. III. 54, nicht gehörig gewürdigt in dem Erk. XVII. 243 Nr. II. Vgl. auch das. Nr. I.

[9] Die cumulative Intercession kann vollzogen werden: a) durch Bürgschaft; b) durch Eingehung einer eigentlichen Correalverbindlichkeit; c) durch Verpfändung oder Verzicht auf einen Pfandvorzug (Note 7. 8). Was den Fall der Bürgschaft angeht, s. noch l. 6 §. 2 C. h. t., l. 1. 3 C. si mater indemnitatem 5. 46.

[10] Bei der privativen Intercession ist die Erwartung der Frau, daß derjenige, welchen die Verbindlichkeit materiell angeht, sie auch erfüllen werde, natürlich nicht ausgeschlossen.

[11] Dieß kann geschehen: a) durch Novation (s. z. B. l. 8 §. 2 l. 11 l. 13 pr. D. h. t., vgl. l. 8 §. 7 eod.); b) nach heutigem Recht auch durch Schuldübernahme (§. 338). Ferner gehört c) der Fall hierher, wo die Parteien ausmachen, daß statt des Schuldners die Frau den Prozeß, vor dem Richter oder Schiedsrichter, auf sich nehmen solle; der Gläubiger läßt hier den Schuldner frei gegen die Aussicht, die Frau als Schuldnerin zu gewinnen. Nach classischem römischen Recht befreite die litis contestatio mit der Frau als solche den Schuldner, l. 2 §. 5 l. 23. 26. D. h. t. Von der Uebernahme eines Schiedsspruches handelt l. 32 §. 2 D. de recept. 4. 8. d) Endlich kann die

Dazwischenkunft, daß die Verbindlichkeit für denjenigen, welchen sie angeht, gar nicht entstehe[12].

2. Die Frau muß eine fremde Verbindlichkeit übernommen haben, d. h. eine Verbindlichkeit, welche ihr nicht bloß formal, sondern auch materiell fremd ist[13]. Bloß formal fremd ist ihr diejenige Verbindlichkeit, aus welcher ein Rückgriff gegen sie begründet ist[14], oder für welche sie schon aus einem andern Grunde aufkommen muß[14a].

3. Die Frau muß die fremde Verbindlichkeit als fremde, d. h. als eine von dem eigentlichen Schuldner, nicht von ihr zu erfüllende, übernommen haben. Der Frau, welche die fremde Verbindlichkeit in der Absicht übernimmt, sie auch zu erfüllen, wird nicht geholfen. Ob sie diese Absicht hat, oder nicht, ist aus den Umständen zu bestimmen, im Zweifel aber nicht gegen, sondern für die Frau zu entscheiden[15]. Einzelne Fälle der Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit in der Absicht, sie zu erfüllen, sind folgende: die Frau hat sich zur Uebernahme der Verbindlichkeit für eine dem Betrage derselben entsprechende Gegenleistung verpflichtet[16]; die Frau will durch die Uebernahme der Verbind-

Frau eine Befreiung des Schuldners durch ihre Intercession auch in der Weise bewirken, daß sie sich durch Obligirung gegen einen Dritten die Mittel zur Befriedigung des Gläubigers verschafft. Von diesem Falle handeln l. 19 §. 5 und l. 28 §. 1 D. h. t.

12 Es ist gleichgültig, ob dieß durch Darlehnsaufnahme geschieht, oder durch Abschluß irgend eines andern eine Obligation erzeugenden Rechtsgeschäfts. L. 8 §. 14 l. 11. 12 l. 29 pr. D. l. 3. 4. 10. 19 C. h. t. Von diesem Fall handelt näher und ausführlich Hasenbalg S. 82—287. Derselbe zieht hierher aber auch den Fall d) der vorigen Note. — Die verschiedenen im Vorstehenden bezeichneten Fälle der Intercession faßt zusammen l. 4 C. h. t.

13 Der Frau wird nicht geholfen, „cum prima facie quidem alienam, revera autem suam obligationem suscipiat", l. 13 pr. D. h. t.

14 Z. B. die Verbindlichkeit des Erben, von dem sie die Erbschaft gekauft hat; die Verbindlichkeit ihres Bürgen, oder desjenigen, welcher sich sonst in ihrem Auftrage verpflichtet hat. L. 3 l. 13 pr. D. h. t. S. auch l. 25 §. 1 eod.

14a Hierher gehört wohl l. 6 pr. C. h. t. Windscheid a. a. O. S. 304 Note 30. Ein sehr wichtiges Argument für diese Auffassung der l. 6 pr. cit. enthält auch §. 1 eod.

15 S. Windscheid S. 301. 302.

16 L. 22 D. h. t. „Si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat vel expromittat, si ea expromiserit, locum non esse SC^o, Pomponius scribit: quia mandati actione obligata, in rem suam videtur obligari". §486,3

lichkeit eine entsprechende Gegenleistung erlangen[17], oder sich von einer entsprechenden eigenen Verbindlichkeit befreien[18], oder schenken[19]; die Frau will das zur Erfüllung der fremden Ver-

---

17 L. 27 §. 2 D. h. t. „Uxor debitricem suam viro delegavit, ut vir creditori eius pecuniam solveret: si fidem suam pro ea, quam delegavit, apud virum obligaverit, locum exceptio SC[i] non habebit, quia mulier suum negotium gessit". Nach heutigem Recht würde übrigens der Fall dieser Stelle nicht hierher, sondern unter Note 16 gehören.

18 L. 2 C. h. t. — „Sic autem pro creditore suo alii se obligaverit, vel ab eo se vel debitorem suum delegari passa est, huius SCi auxilium non habet". Daß der „alius" Gläubiger ihres Gläubigers sei, ist durch diese Worte nicht gesagt, aber auch nicht ausgeschlossen; daß er wirklich als Gläubiger gemeint sei, geht aus dem Vorhergehenden hervor. S. ferner l. 24 D. h. t. Der gleiche Gesichtspunkt liegt auch in l. 1 §. 4 D. de pign. 20. 1 zu Grunde. — Wie ist es, wenn die Frau die Existenz der Verbindlichkeit, von welcher sie sich durch die Intercession befreien will, irrthümlicher Weise angenommen hat? Nach der Regel ist dann condictio indebiti gegen denjenigen begründet, welchem sie durch die Intercession geleistet hat, gegen den vermeintlichen Gläubiger; dagegen hat die Frau keine Vertheidigung gegen den Intercessionsgläubiger, da durch ihren Irrthum die Absicht, in welcher sie intercedirt hat, nicht alterirt wird. In dieser Weise wird auch entschieden in l. 8 §. 2 D. h. t., entgegengesetzt in l. 17 pr. D. h. t. Beim Widerspruch dieser Stellen muß man das Princip befolgen. Die abweichende Meinung, welche in l. 8 §. 2 cit. selbst erwähnt wird, und welche ihren Ausdruck in l. 19 D. de nov. 46. 2 gefunden hat, bezieht sich nur auf den Fall, wo die Verbindlichkeit, von welcher die Frau sich durch die Intercession befreien will, gerade wegen Verstoßes gegen das SCum Velleianum ungültig ist (vgl. §. 487 Note 3). — Uebrigens wird das hier Vorgetragene (vgl. Windscheid S. 320 fg.) nicht allgemein anerkannt. So geben namentlich Fuhr in der zweiten der oben citirten Abhandlungen und Hasenbalg S. 40 fg. der irrenden Frau die Einrede allerdings. Letzterer erkennt an, daß darin eine Abweichung von dem Principe liege, welche aber aus Billigkeitsgründen, eben wegen des Irrthums der Frau, zugelassen worden sei (vgl. auch Girtanner S. 338). L. 8 §. 2 cit. erklärt Hasenbalg aus der Unterstellung, daß die delegirte Frau die Ungültigkeit ihrer Verbindlichkeit gekannt habe, welche Annahme aber mit der am Schlusse der Stelle gewährten condictio absolut unvereinbar ist. S. über diese Stelle auch noch Sintenis Zeitschr. S. 65 fg., v. Salpius Novation und Delegation S. 127 fg.

19 Für diesen Satz liegt kein Beweis in l. 21 §. 1 D. h. t., kein sicherer in l. 4 §. 1 D. h. t.; aber ich halte ihn nichtsdestoweniger für unzweifelhaft. Der Grund, weßwegen in den in Note 16—18 erwähnten Fällen der Frau der Schutz des Senatsschlusses entzogen wird, ist: weil sie durch die Uebernahme

bindlichkeit Geleistete dem Schuldner in Anrechnung bringen[20]; die Frau macht durch den Antritt einer Erbschaft die Erbschaftsschulden zu den ihrigen[21]. [22]

4. Daß die Frau die fremde Verbindlichkeit auch in frem-

---

der fremden Verbindlichkeit einen Andern bereichern will; dieser Wille ist im Falle der Schenkung ebenso gewiß, wie in jenen anderen Fällen. Uebereinstimmend Girtanner S. 338 fg., Vangerow S. 165—167, Hasenbalg S. 24 fg., im Resultat auch Sintenis Zeitschr. S. 59 und Civilr. Anm. 91; während auch der schenkenden Frau die Einrede gewähren Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen II. 6, Bachofen S. 18 fg. und das Urtheil des OAG. zu Lübeck (vom Jahre 1828) bei Seuff. Arch. XV. 224. Girtanner und Vangerow machen aber eine Ausnahme für den Fall der cumulativen Intercession, weil in derselben die Erwartung der Frau, selbst nicht zahlen müssen, selbst bei Schenkungsabsicht nicht ausgeschlossen sei. Es ist ihnen darin wohl beizutreten, allein nur für das neueste Recht (seit Einführung des beneficium excussionis).

20 L. 13 C. h. t. „Si foenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data est, sive tota quantitas foenoris, sive pars eius in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adiuvaris, licet creditor causam contractus non ignoraverit". Die Frau hat das Darlehn für den Mann genommen, aber nicht in der Absicht, daß es durch ihn solle zurückgezahlt werden; sie will es vielmehr selbst zurückzahlen, und das Gezahlte dem Manne in Anrechnung bringen (actio negotiorum gestorum). Auch in diesem Falle läuft sie allerdings Gefahr wegen der möglichen Insolvenz des Mannes. Aber gegen das Sichverlassen auf fremde Insolvenz hat der Senat der Frau eben keinen Schutz gewähren wollen, — was in keiner Stelle deutlicher hervortritt, als in l. 19 §. 3 D. h. t. — Auch l. 13 C. cit. wird übrigens sehr verschieden ausgelegt (hauptsächlich abweichende Meinungen: Absicht der Frau, den Gläubiger zu täuschen; Absicht der Frau, dem Empfänger zu schenken; das empfangene Geld wird nicht zum Darlehn gegeben; es wird nicht zu vermögensrechtlichen Zwecken verwendet). S. Windscheid S. 293 fg., Hasenbalg S. 147 fg., und die daselbst Genannten. Seuff. Arch. I. 214.

21 L. 32 pr. D. h. t.

22 Wie ist es, wenn die Frau irrthümlicherweise die übernommene fremde Verbindlichkeit für eine eigene gehalten hat? Dann hat sie dieselbe gewiß nicht als fremde übernommen, und gemäß des Principes darf ihr nicht geholfen werden. Damit stimmt überein die Entscheidung in l. 26 D. h. t. Aber auch hier, wie in dem Falle der Note 16, hat sich eine entgegesetzte Auffassung in der römischen Jurisprudenz geltend gemacht, l. 23 D. h. t („plerique existimaverunt"). Windscheid S. 322 fg. Hasenbalg S. 32 fg. hält auch hier die der Frau günstige Entscheidung für die in der Anwendung zu befolgende. Vgl. noch Girtanner S. 336 Anm. 3.

dem Interesse übernommen habe, ist Voraussetzung des Senatsschlusses nicht[23]. Dagegen greift derselbe

5. seinem eigentlichen Sinne gemäß nicht Platz, wenn die Frau durch die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit keinen Schaden erleidet[24].

6. Der Uebernahme der Verbindlichkeit durch die Frau selbst steht es gleich, wenn sie dieselbe durch einen Andern unter Versprechen der Schadloshaltung übernehmen läßt[25].

§. 486.

Auch wenn die im Vorstehenden genannten Voraussetzungen vorhanden sind, und somit der Senatsschluß an und für sich Platz greift, kann sich doch die Frau ausnahmsweise auf denselben nicht berufen:

1) wenn der Gläubiger sich in Betreff ihrer Intercession in einem entschuldbaren Irrthum befunden hat[1];

2) wenn die Frau den Gläubiger getäuscht hat[2];

---

[23] Dieß wird bewiesen durch l. 17 §. 2 D. h. t. (Windscheid S. 303 fg.) und l. 17 §. 4 eod. A. M. Hasenbalg S. 63 fg. Auf die Aussprüche der Quellen, die Frau hafte nicht, wenn sie „suum negotium gessit" (l. 27 §. 2 l. 6 pr. C. h. t., l. 1 §. 4 D. de pign. 20. 1, vgl. l. 25 §. 1 D. l. 22 C. h. t.), „in rem suam obligata est" (l. 22 D. h. t.), darf man sich nicht berufen; sie sind zu unbestimmt (vgl. auch §. 355 Note 9), und erklären sich vollkommen aus den in Note 13 und 16 fg. geltend gemachten Gesichtspunkten.

[24] L. 21 pr. D. h. t. „Si pro aliquo mulier intercesserit, sed in rem eius, quod acceptum est, versaretur, exceptio SC^{i} locum non habet; quia non fit pauperior". Oder der eigentliche Schuldner händigt ihr den Betrag der Schuld zum Zweck der Zahlung ein: — „neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, cum iam eam habeat", l. 16 pr. D. h. t. S. ferner l. 17 §. 2 eod. Windscheid S. 313 fg., Hasenbalg S. 69 fg.

[25] L. 6 l. 8 § 6 l. 30 §. 1 l. 32 §. 3 D. l. 15 C. h. t. S. auch l. 29 §. 1 D. h. t.

§. 486. [1] Er hat nicht gewußt, daß er mit einer Frau contrahire, oder nicht, daß er mit einer intercedirenden Frau contrahire. L. 1 C. h. t.; l. 6 l. 32 §. 3 D. h. t; l. 4 pr. l. 11. 12 l. 19 § 5 l. 27 pr. l 28 §. 1 D. h. t.; l. 17 pr. D. h. t.

[2] „Decipientibus mulieribus SC^{um} auxilio non est; infirmitas enim foeminarum, non calliditas auxilium meruit", l. 2 §. 3 D. h. t. L. 23 l. 30 eod., l. 5. 18 C. h. t. Im Falle der Täuschung wird der Frau nicht geholfen, selbst wenn der Irrthum des Gläubigers kein unentschuldbarer war. Wind-

3) wenn sie sich für ihre Intercession hat bezahlen lassen[3];

4) wenn ihre Intercession die Wiederholung einer andern früher gemachten ist, und seit dieser anderen wenigstens zwei Jahre verflossen sind[4];

5) wenn sie entweder: a) ihre Intercession eidlich bestärkt[5], oder b) nach vorangegangener gehöriger Belehrung auf die ihr zustehende Rechtswohlthat speziell verzichtet hat[6];

6) wenn sie zu Gunsten der Bestellung einer Dos intercedirt hat[7];

---

scheid S. 316—319. Hasenbalg S. 33 fg. nimmt an, daß die bloße Täuschungsabsicht, auch wenn dadurch ein Irrthum des Gläubigers gar nicht hervorgerufen worden sei, der Frau den Schutz des Senatsschlusses entziehe.

[3] L. 23 pr. §. 1 C. h. t., in welcher Stelle übrigens Justinian den bezeichneten Satz nicht sowohl neu eingeführt, als vielmehr nur von Zweifeln und Distinctionen der älteren Jurisprudenz befreit hat. Die Frau, welche sich die Unterstützung des Schuldners durch ihren Credit abkaufen läßt, muß den Schaden des Geschäfts nehmen, wie sie den Vortheil davon hat; sie schließt ein gewagtes Geschäft ab. In dem Aufsatz im Archiv f. civ. Pr. S. 299 habe ich diesen Satz mit dem Princip des Senatsschlusses in Verbindung gebracht; ebenso Girtanner S. 336, Hasenbalg S. 80, Vangerow S. 165. 180. Dawider Arndts §. 361 Anm. Nr. 1.

[4] L. 22 C. h. t., von Justinian: — „sibi imputet, si, quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit; videtur enim ex huiusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere". S auch Nov. 61 c. 1 §. 1. Windscheid Diss. de valida mulierum intercessione (1838) p. 40 sqq., Vangerow S. 169. 170, Sintenis Sell's Jahrb. S. 356 fg. und Civilrecht Anm. 97, Girtanner S. 347—350.

[5] Nach einem nicht zu bestreitenden, sich an c. 9. X. de iurei. 2. 28 anlehnenden Gewohnheitsrecht. Vgl. §. 324 Note 5 a. E. Girtanner S. 273 fg. S. 351, Holzschuher III §. 314 Nr. 8 und S. 1028; Seuff. Arch. VII. 178, XIII. 249. S. noch Buchka u. Budde Entscheidungen II S. 193 fg. S. 204 fg.

[6] Für diesen Satz spricht eine feststehende Praxis. Ob er bereits im römischen Recht anerkannt ist, ist äußerst bestritten. M. E. enthalten die Stellen, auf welche man sich berufen hat (l. 30 pr. l. 31 l. 32 §. 4 D. h. t., l. 22 C. h. t., l. 3 C. quando mul. 5. 35, Nov. 118 c. 5), ein Zeugniß für diesen Satz nicht. Noch das meiste Gewicht hat l. 32 §. 4 cit.; aber das in dieser Stelle erwähnte Versprechen hat Solutionscharacter. Vgl. überhaupt Girtanner S. 263 fg. 364 fg., Holzschuher a. a. O. Nr. 14, und die daselbst Citirten; auch Windscheid Arch. S. 302. Seuff. Arch. XV. 224.

[7] L. 12 l. 25 C. h. t. Windscheid l. c. p. 40—42, Girtanner S.

7) wenn der Intercessionsgläubiger minderjährig, und der eigentliche Schuldner zahlungsunfähig ist[8];

8) wenn die Frau als Handelsfrau intercedirt hat[9].

§. 487.

Eine Verbindlichkeit, welche entgegen den hier aufgestellten Regeln eingegangen worden ist, ist zwar nicht nichtig, aber die Frau kann sich derselben gegenüber durch eine Einrede schützen[1], und zwar noch in der Executionsinstanz[2]. — Leistet sie in Kenntniß ihrer Einrede dennoch, so wird ihr weiterer Schutz nicht gewährt; das irrthümlicherweise Geleistete kann sie zurückfordern[3]. — Hat die Frau durch Pfandbestellung intercedirt, so gestaltet sich die Berufung auf den Senatsschluß zur Gegeneinrede gegen die Ein-

---

346. 347. — Nach römischem Recht war auch die Intercession pro libertate verbindlich für die Frau, l. 24 C. h. t.

[8] L. 12 D. de minor. 4. 4. Girtanner S. 346.

[9] Nach einem sicheren Gewohnheitsrecht. Vangerow S. 170, Girtanner S. 351, Holzschuher a. a. O. Nr. 12, Thöl Handelsr. I §. 50 zu Note 10. S. noch Cropp in Heise und Cropp Abhandl. I. 1 („von der Verpflichtung verheiratheter Frauenzimmer als Handelsfrauen").

§. 487. [1] Von der exceptio SC^i Velleiani ist in zahlreichen Stellen unserer Quellen die Rede. Nichtigkeit der Obligation der Frau behauptet aus sehr unzureichenden Gründen Fuhr a. a. O. (§. 485 bei *) S. 70 fg.; dawider Sintenis Sell's Jahrb. S. 343 fg., Lehrb. Anm. 79.

[2] L. 11 D. de SC. Mac. 14. 6. Wetzell Civilproz. §. 47 Note 123. Vgl. auch Fuhr a. a. O. Nr. 5.

[3] L. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 8 §. 3 D. l. 9 C. h. t. — Läßt die Frau sich unwissentlich einem Dritten delegiren, so ist es der Regel gemäß, daß sie nur ein Rückforderungsrecht gegen den vermeintlichen Gläubiger, nicht aber Einrede und Rückforderungsrecht gegen den Dritten habe (§. 412 Note 10). Dieses der Regel Gemäße ist auch anerkannt in l. 8 §. 2 D. h. t. Eine andere in der römischen Jurisprudenz vertretene Meinung gab aber der Frau für den Fall, wo sie dem Gläubiger des vermeintlichen Gläubigers, und zwar zum Versprechen, nicht zur Zahlung, delegirt worden war, die exceptio SC^i Velleiani auch gegen den Delegatar, weil nämlich auch in der Verpflichtung ihm gegenüber eine Intercession liege. Dieser Grund ist aber falsch (s. §. 485 Note 18), und so wird die bezeichnete Meinung denn auch verworfen von Ulpian in l. 8 §. 2 D. h. t., während sie als maßgebend vorgetragen wird von Paulus in l. 19 D. de nov. 46. 2. Bei dem Widerspruch beider Stellen heben sie sich gegenseitig auf, und es besteht für uns kein Hinderniß, nach dem Princip zu entscheiden.

rede der Verpfändung[4]. Auch gegen denjenigen, an welchen der Pfandgläubiger die Pfandsache verkauft hat, kann sie ihr Eigenthumsrecht noch geltend machen[4]. — Auch ein Dritter kann sich auf den Senatsschluß dann berufen, wenn durch seine Leistung eine Intercessionsobligation für die Frau erst zu Stande kommen[5], oder die Frau zur Erfüllung einer Intercessionsobligation indirect genöthigt werden würde[6]. — Die Befreiung der Frau hat aber zur Folge, daß der Gläubiger einen Anspruch gegen den eigentlichen Schuldner wiedererhält oder erhält[7].

2. Spätere Aenderungen[1].

§. 488.

Nach Justinian's Vorschrift soll:

1) die Intercession der Frau in einer öffentlichen Urkunde

---

[4] l. 32 §. 1. D. l. 7 C. h. t, l. 39 §. 1 l. 40 D. de R. V. 6. 1. Vgl. auch l. 32 §. 2 D. h. t. (§. 485 Note 5). L. 7 C. cit.: — „vendendo eum mulieri dominium auferre nequivit". L. 40 D. cit.: — „nullum pignus creditor vendidisse videtur".

[5] So der von der Frau zur Intercession Beauftragte, l. 6 l. 7 l. 30 §. 1 l. 32 §. 3 D. l. 15 C. h. t., l. 19 §. 5 D. h. t.; ferner derjenige, welcher von der Frau um ein Darlehn zu Gunsten eines Dritten angegangen, auf Grund ihrer Weisung die betreffende Summe dem Dritten versprochen hat, l. 19 §. 5 D. h. t. Das richtige Verständniß der letzteren, viel besprochenen und vielfach mißverstandenen Stelle hängt davon ab, daß man das Wort postea („quae postea non recte comparari ait") faßt = post scientiam. Vgl. über diese Stelle die bei Vangerow S. 169 Citirten und diesen selbst, Hasenbalg S. 91 fg.

[6] L. 8 §. 4 D. h. t., l. 19 §. 5 eod. (vv. *respondit videndum*).

[7] L. 1 §. 2 D. h. t. „Aequum autem visum est, ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem, aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, actio daretur . .". L. 8 §. 7—13 l. 9 l. 13 §. 1. 2 l. 14 l. 20 l. 24 §. 2. 3 l. 29 §. 1 l. 32 §. 5 D. l. 8. 16 C. h. t., l. 12 D. de min. 4. 4; l. 8. §. 14. 15 D. h. t. Für den dem Gläubiger zurückgegebenen Anspruch kommt in den Quellen der Ausdruck actio restitutoria, auch rescissoria, vor; von dem neu gegebenen heißt es: „actio quae instituit magis, quam restituit obligationem" (l. 8 §. 14 D. h. t.), weßwegen die Neueren wohl institutoria actio sagen. Zu l. 13 §. 1 D. h. t. cit. vgl. I §. 249 Note 5. 6; l. 29 §. 1 D. l. 8 C. citt. enthalten eine Anomalie (Bachofen S. 37). Vgl. überhaupt Bachofen S. 35 fg., Voigt cond. ob causam S. 791 fg., und über die actio institutoria speziell Hasenbalg S. 178 fg.

[1] Auch im Vorhergehenden sind bereits Bestimmungen angeführt wor- §. 488.

errichtet werden[2]. Ist diese Form beobachtet, so behalten die in §§. 486 u. 487 entwickelten Grundsätze ihre Geltung[3]. Ist sie nicht beobachtet, so ist die Intercession nichtig[4], und von den in §. 486 aufgeführten Ausnahmen fallen die unter Nr. 5^b und 7 bezeichneten weg[5].

---

den, welche nicht auf dem Senatsschlusse, weder direct noch indirect, beruhen (s. § 486 Note 4—7. 9 und vgl. auch Note 3); aber dieselben fügen sich dem Systeme des Senatsschlusses unmittelbar ein. Eine viel größere Abweichung enthalten die in diesem §. genannten Bestimmungen, weßwegen es zweckmäßig erscheint, von ihnen abgesondert zu handeln.

[2] L. 23 §. 2 C. h. t. Justinian selbst verlangt Errichtung „instrumento publice confecto *et a tribus testibus subsignato*". Aber „die römische Sitte, auch zu der gerichtlichen Errichtung von Urkunden noch Zeugen zuzuziehen, welche dieselben mit unterschrieben, ist . . . gegenwärtig ganz außer Gebrauch, und die heutigen Notariats-Documente bedürfen nur der Zuziehung zweier Zeugen. Bei uns genügt daher für die Form der Intercessionen der Frauenzimmer . . eine einfache gerichtliche Urkunde ohne Zeugen, oder ein Notariatsdocument mit zwei Zeugen". Buchka u. Budde Entscheidungen II S. 202. S. auch Girtanner S. 260. 357. 358.

[3] L. 25 §. 2 cit.: — „tunc enim tantummodo eas obligari (s. Note 4), et sic omnia tractari, quae de intercessionibus foeminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt". Die Ansicht (Valett Lehrb. d. Pandektenr. §. 584, Kattenhorn a. a. O. S. 172 fg.), daß bei Beobachtung der Form die Intercession unbedingt, nicht bloß in den in §. 486 genannten Ausnahmenfällen, gültig sei, steht mit diesen Worten des Gesetzes in directem Widerspruch. S. auch Sintenis Sell's Jahrb. S. 366 fg., Girtanner S. 259. 352, Vangerow S. 175.

[4] Nicht bloß durch Einrede entkräftbar, — so daß also der Richter die Klage des Intercessionsgläubigers von Amtswegen zurückweisen muß. L. 23 §. 2 cit. „Sin autem extra eandem observationem mulieres acceperint intercedentes, pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio, tamquam nec confecta, nec penitus scripta, ut nec SC[i] auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto".

[5] Daß die a. a. O. unter Nr. 3 angeführte Ausnahme ihre Geltung behalte, hat Justinian in der genannten l. 25 (pr. §. 1) ausdrücklich bestimmt. Wie verhält es sich aber mit den übrigen Ausnahmen, welche Justinian vorfand, und von denen er nichts sagt? Hierüber ist seit der Zeit der Glossatoren Streit. Es sind drei verschiedene Meinungen aufgestellt worden. a) Auch diese übrigen Ausnahmen dauern sämmtlich fort; die Neuerung Justinian's besteht nur darin, daß bei Nichtbeobachtung der Form statt Anfechtbarkeit Nichtigkeit eintreten soll. b) Es dauert keine von den bezeichneten Ausnahmen fort, so daß also bei Mangel der gehörigen Form die Frau z. B. nicht einmal im Falle des Betruges haftet. c) Es ist zwischen den verschiedenen Aus-

2) Die Intercession einer Ehefrau für ihren Ehemann ist selbst dann nichtig, wenn die zuvor bezeichnete Form beobachtet worden ist[6], und von den in §. 486 genannten Ausnahmen gelten hier nur die unter Nr. 1. 2. 5ª und 8 aufgeführten[7].

---

nahmen zu unterscheiden. S. die Citate bei Girtanner S. 259—262, Vangerow S. 174; auch diese Schriftsteller selbst, Girtanner S. 351 fg., Vangerow S. 173 fg.; ferner Hasenbalg S. 281 fg. Die erste Meinung war früher die herrschende, und auch ich habe sie in der in §. 486 Note 4 genannten Dissertation p. 47 sqq. zu vertheidigen gesucht; aber ich zweifele jetzt sehr an ihrer Haltbarkeit. Die zweite Meinung führt zu dem unerträglichen, zuvor bezeichneten Resultat, und wird sich daher nie bleibender Gunst erfreuen. Die dritte Meinung, welcher hier der Vorzug gegeben worden ist, motivirt sich folgendermaßen (s. namentlich Girtanner a. a. O.). Es ist anzunehmen, daß Justinian nur solche Intercessionen im Auge gehabt hat, welche sich als Intercessionen, und Intercessionen einer Frau, sofort ankündigen. Es ist dieß um so mehr anzunehmen, als Justinian sich in seinem Gesetze auch an die Gläubiger wendet, und diesen die Beobachtung der vorgeschriebenen Form einschärft („nisi instrumento publice confecto . . . accipiant homines a muliere pro aliis confessionem“, „sin autem extra eandem observationem mulieres acceperint intercedentes“): wie kann man von Jemand verlangen, daß er einer Vorschrift nachkomme, wenn er gar nicht weiß, daß der Fall vorliegt, in welchem die Vorschrift Platz greift? Hiernach bleibt also die Ausnahme unter Nr. 1 (Irrthum des Gläubigers), deßwegen aber um so mehr die unter Nr. 2 (Täuschung durch die Frau), aufrecht. Die Ausnahme unter Nr. 4 (Wiederholung der Intercession nach zwei Jahren) bleibt deßwegen bestehen, weil das betreffende Gesetz (l. 22 C. h. t.) nicht sowohl durch die Wiederholung die frühere Intercession gültig werden läßt, als vielmehr die wiederholende Intercession für gültig erklärt (§. 486 Note 4). Die Ausnahme unter Nr. 6 ist späteren Ursprungs, als die l. 23 cit., und wird daher von derselben nicht berührt. Vgl. in dieser Beziehung gegen Vangerow S. 178. 179 Girtanner S. 357. Was die gewohnheitsrechtlichen Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercession der Frauen betrifft, so ist man darüber einverstanden, daß eidliche Bestärkung (vgl. Seuff. Arch. I. 344, XIII. 249) und die Eigenschaft der Frau als Handelsfrau auch den Mangel der Form decken. Dagegen hat sich eine feste Meinung für die gleiche Kraft des Verzichtes nicht gebildet, vgl. Glück XV S. 47; Seuff. Arch. XV. 224 (S. 394). Sieht man die Wirksamkeit des Verzichtes als bereits im römischen Recht begründet an (§. 486 Note 6), so ist zu sagen, daß nach dem oben Ausgeführten diese Ausnahme durch l. 23 cit. aufgehoben worden ist.

6 Nov. 134 c. 8 und daraus Auth. *Si qua mulier* C. h. t.

7 Der unmittelbare Inhalt der Novelle in Betreff der ausnahmsweisen Gültigkeit der Intercession der Ehefrau ist der, daß die Intercession nur dann gültig sein solle, wenn „manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius

mulieris utilitatem expensae sunt", und speziell nicht gültig sein solle, wenn sie auch noch so oft wiederholt werde. Das Erste ist hier unter den Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercession deßwegen nicht mit aufgeführt worden, weil in dem bezeichneten Fall (mag man ihn sich so denken, daß das Geschäft von Anfang an zum Nutzen der Frau geschlossen wird, oder so, daß hinterher das durch dasselbe Erlangte in ihren Nutzen verwendet wird) eine wirkliche, eine unter die Senatsvorschrift fallende, Intercession gar nicht vorliegt (§. 485 Nr. 2 und 5). Als wirkliche Ausnahmefälle müssen aber anerkannt werden, trotzdem daß die Novelle sie nicht ausdrücklich nennt, der Fall der Unwissenheit des Gläubigers und der Fall des Betruges der Frau. Daß Justinian bei seiner Vorschrift nur solche Intercessionsfälle im Auge gehabt hat, in welchen die Intercession als solche offen hervortritt, ist hier noch viel unzweifelhafter, als bei der l. 23 §. 2 C. h. t. (Note 4); denn Justinian spricht hier gar nicht von Intercession im Allgemeinen, sondern von dem Beitritt der Frau zu einer vom Manne ausgestellten Darlehnsurkunde, so daß es sogar zweifelhaft erscheinen könnte, ob nicht die Vorschrift der Novelle ganz auf diesen speziellen Intercessionsfall zu beschränken sei. Dagegen müssen die übrigen zur Zeit der Novelle geltenden Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercession der Frauen als durch die Novelle beseitigt angesehen werden. Zwar ist auch hier die Ansicht, daß die Novelle diese Ausnahmen gar nicht berühre, aufgestellt (Girtanner S. 277. 278), und früher auch von mir vertheidigt worden (in der angeführten Dissertation p. 52 sqq.); aber diese Ansicht ist der Novelle gegenüber wohl ebenso wenig haltbar, wie gegenüber der Codexstelle. Was die späteren gewohnheitsrechtlichen Ausnahmen angeht, so ist man darüber einverstanden, daß eidliche Bekräftigung und die Eigenschaft als Handelsfrau auch die Ehefrau haftbar machen, nicht dagegen der gewöhnliche, nicht eidliche, Verzicht. Vgl. überhaupt Girtanner S. 278 fg. 358 fg., Vangerow §. 581 Anm. 3, und über die Frage des Verzichtes speziell Buchka und Budde Entscheidungen II S. 188 fg. — Daß eine Ehefrau, welche mit ihrem Manne zusammen ein Darlehn aufnimmt, und darüber eine gemeinschaftliche Urkunde ausstellt, sich nicht ohne Weiteres auf die Novelle berufen kann, hätte nie bestritten werden sollen. Vgl. über diese Frage Vangerow S. 180. 181 und die das. Angeführten, Girtanner S. 358 Note 32. Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Seuff. Arch. XVII. 38; dawider XII. 272. Vgl. auch VII. 179. 180, XIII. 143.

Fünftes Buch.

Familien-Recht.

Erstes Kapitel.

Die Ehe.

I. Begriff, Begründung, Beendigung.

§. 489.

Die Ehe ist die Verbindung von Mann und Frau zu ungetheilter Lebensgemeinschaft. Dieser Begriff der Ehe ist bereits im römischen Recht in voller Reinheit anerkannt[1].

Die Begründung und Beendigung der Ehe steht heutzutage gemeinrechtlich nicht unter den Grundsätzen des römischen, sondern unter den Grundsätzen des Kirchenrechts[2].

---

[1] L. 1 D. de R. N. 23. 2. „Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris consociatio". §. 1 I. de patr. pot. 1. 9. „Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens". Vgl. c. 3 C. XXVII qu. 2. „Individua consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso". §. 489.

[2] Vgl. die Lehrbücher des Kirchenrechts von Walter §. 298 fg., Richter §. 248 fg. — Die Form der Eheschließung ist bei den Katholiken an den Orten, wo das Concil von Trident publicirt ist, Erklärung vor dem zuständigen Pfarrer und zwei Zeugen; wo dieses Concil nicht publicirt ist, bedarf es für die Erklärung des ehelichen Consenses keiner Form. Bei den Protestanten kommt die Ehe zu Stande durch die kirchliche Trauung (welche Bedeutung der kirchlichen Trauung sich aber erst allmälig entwickelt hat, vgl. E. Friedberg das Recht der Eheschließung, Leipzig 1865, S. 153 fg.). — Eine Trennung der Ehe bei Lebzeiten der Ehegatten ist nach heutigem Recht nur durch richterliches Urtheil, und bei den Katholiken nur in Betreff des ehelichen Zusammenlebens, nicht des Bandes, möglich.

Ebenso muß der Disciplin des Kirchenrechts die nähere Darstellung der Lehre von dem, der Ehe möglicherweise vorhergehenden, Eheversprechen (Verlöbniß) überlassen bleiben [3].

II. Rechtliche Bedeutung.

A. Persönliches Verhältniß der Ehegatten.

§. 490.

Die Ehe ist nicht allein, und ist nicht zunächst ein Rechtsverhältniß: sie ist zunächst ein sittliches Verhältniß. Als solches tritt sie mit einer fertigen Ordnung in das Rechtsgebiet ein, und die Aufgabe der Rechtsordnung kann im Ganzen und Großen keine andere sein, als die, die von dem Sittengesetz geforderte Gestaltung des ehelichen Verhältnisses, so weit sie es vermag, zur äußeren Erscheinung zu bringen. Hierher gehört im Einzelnen Folgendes [1].

1. Ehegatten haben gegen einander einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch auf eheliches Zusammenleben [2]. Hartnäckige Ver-

---

[3] Nach römischem Recht war das Verlöbniß (sponsalia) nicht bindend, und konnte nicht einmal durch Conventionalstrafe bindend gemacht werden (l. 1 l. 5 i. f. C. de spons. 5. 1, l. 71 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 134 pr. D. de V. O. 45. 1); doch verlor derjenige, welcher das Verlöbniß brach, zur Strafe die arrha sponsalicia bez. ihren Werth (l. 5 C. de spons. 5. 1, vgl. l. 3 eod., l. 56 pr. C. de ep. et cler. 1. 3, l. 16 C. de ep. aud. l. 4). Das canonische Recht dagegen gestattet eine Klage auf Vollziehung des Verlöbnisses, freilich für den Fall der Weigerung nur kirchliche Zwangsmittel (c. 10. 17. 22 X. de spons. 4. 1); nach der heutigen Praxis wird in diesem Fall auf eine Entschädigung erkannt. Glück XXIII S. 90, Richter Kirchenr. §. 271 Note 21. Seuff. Arch. VI. 208. 209, VII. 59, XIII. 35, XVIII. 256; vgl. V. 293. 294, XII. 311, XVI. 50, XVIII. 143. 256. Daneben besteht aber auch die römische Strafe des Verlustes der arrha sponsalicia (des Mahlschatzes) noch fort. Glück XXIV S. 411.

§. 490. [1] Das ältere römische Recht kannte in der manus eine Gestaltung des ehelichen Verhältnisses, in welcher dasselbe reines Rechtsverhältniß war. Aber das Rechtsbewußtsein des römischen Volkes hat sich früh von der manus abgewendet; im Justinianischen Recht ist sie spurlos verschwunden.

[2] Nicht nach römischem Recht, wegen der unbedingten Freiheit der Ehescheidung. Für das heutige Recht s. Seuff. Arch. I. 237, VIII. 143, XVI.

weigerung des ehelichen Zusammenlebens[3] ist bei den Protestanten Scheidungsgrund[4].

2. Die Verletzung der ehelichen Treue ist in ihrer schwersten Form, der des Ehebruchs, Scheidungsgrund, und wird gestraft.

3. Auf der Anerkennung der Pflicht der Ehegatten zur Liebe gegen einander beruhen die Rechtssätze: daß ein Ehegatte gegen den andern keinen Strafanspruch erheben kann[5]; daß den Ehegatten gegen einander die Rechtswohlthat der Lebensnothdurft zusteht[6], selbst im Falle des Verzichtes[7]; daß die Frau von dem Manne keine Sicherheit für ihre Dos fordern darf[8]; daß Ehegatten nicht zum Zeugniß gegen einander genöthigt werden können[9].

4. Die Frau ist dem Manne Gehorsam schuldig[10]; richterliche Hülfe wird aber dem Manne zu diesem Ende nicht gewährt[11]. Doch ist die übergeordnete Stellung des Mannes ferner noch anerkannt in den Rechtssätzen: daß der Mann Rang und Stand und das Domicil der Frau bestimmt[12]; daß er als

---

52. 54, XVIII. 257; IV. 126; XIII. 38. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I S. 390 fg. Vgl. Holzschuher I §. 55 Nr. 10—12.

3 Seuff. Arch. IX. 42. „Zur Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils auf Rückkehr zu dem Ehegatten können zwar mäßige Strafen eintreten; sie dürfen aber ebenso wenig als bei einem Urtheil auf Eingehung der Ehe bis zu unbedingter Nöthigung gesteigert werden, um die Wiedervereinigung und Fortsetzung einer factisch getrennten Ehe zu erzielen". Das. III. 67.

4 Walter Kirchenrecht §. 314. 316, Richter §. 268. 269.

5 L. 2 C. rer. amot. 5. 21, l. 17 D. de servo corr. 11. 3. Seuff. Arch. XIII. 264, XIV. 137. Das römische Recht schließt auch actiones famosae aus, l. 2 C. cit., l. 1 i. f. C. de I. D. 5. 12. Ueber die actio rerum amotarum s. §. 454 Note 24.

6 S. §. 267 Nr. 3.

7 L. 14 §. 1 D. sol. matr. 24. 3.

8 Cod. 5. 20 ne fideiussores dotium dentur. S. aber c. 7 X. de don. i. v. e. u. 4. 20. Glück XXVII S. 231 fg., Girtanner Bürgschaft S. 144. 145, Dernburg Pfandr. I S. 381 Note 4.

9 L. 4 D. de test. 22. 5. Bayer Vorträge S. 794.

10 C. 12 sqq. Caus. XXXIII qu. 5; vgl. l. 14 i. f. D. sol. matr. 24. 3, l. 48 D. de op. lib. 38. 1.

11 Abgesehen von dem Falle der Note 2. Auch ein Züchtigungsrecht des Mannes läßt sich gemeinrechtlich nicht begründen. Ueber l. 8 §. 2 C. de rep. 5. 17 und Nov. 117 c. 14 s. Glück XXIV S. 383 fg. Deutsches Recht: vgl. Beseler deutsch. Privatr. §. 134 Note 3. 4.

12 L. 13 C. de dign. 12. 1; I §. 35 Note 5.

Vertreter der Frau im Prozesse ohne Vollmacht zugelassen wird[13]; daß er in der Person der Frau injuriirt wird[14].

5. Der Mann hat auch gegen den Dritten, welcher die Frau gegen ihren Willen zurückhält, ein Klagerecht auf Herausgabe[15].

B. Einfluß der Ehe auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten.

Uebersicht.

§. 491.

Den durch die Ehe verursachten Vermögensaufwand hat der Mann zu tragen[1]. Im Besonderen steht der Frau gegen den Mann ein, im Nothfall gerichtlich verfolgbarer, Anspruch auf Gewährung standesmäßigen Unterhalts zu[2]. Abgesehen hiervon gewährt die Ehe weder der Frau an dem Vermögen des Mannes, noch dem Manne an dem Vermögen der Frau irgendwelche Rechte[3]. Doch ist es nahe liegend, daß die Frau dem Manne

---

13 L. 21 C. de proc. 2 13.

14 L. 1 §. 3. 9 l. 2 l. 18 §. 2 D. de iniur. 47. 10.

15 Interdictum de uxore exhibenda et ducenda. L. 2 D. de lib exh. 43. 30, l 11 C. de nupt. 5. 4. Vgl. Sintenis III §. 131 Anm. 13.

§. 491. 1 L. 7 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 20 C. eod. 5. 12, l. 65 §. 16 D. pro soc. 17. 2.

2 Daß der Mann die Verpflichtung habe, die Bedürfnisse der Frau zu bestreiten, wird in den Quellen vielfach anerkannt; s. l. 21 pr. D. de don. i. v. e u. 24. 1 und die übrigen §. 509 Note 5 angeführten Stellen. Einer gerichtlichen Verfolgung aber konnte der Mann nach römischem Recht durch die Scheidung entgehen, und deßwegen ist in den Quellen von einer solchen Verfolgung wenig die Rede. Aber s. l. 22 §. 8 D. sol. matr. 24. 3: — „Sin autem in saevissimo furore muliere constituta maritus dirimere . . . matrimonium calliditate non vult, . . tunc licentiam habeat vel curator furiosae vel cognati, adire iudicem competentem . .“. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 87; XII. 40, XIII. 146, und unten §. 493 Note 3. — Eine Alimentationspflicht der Frau gegen den Mann geht aus l. 29 C. de I. D. 5. 12, welche man dafür angeführt hat, nicht hervor. Vgl. Sintenis III §. 131 Anm. 14.

3 So das römische Recht. Anders das germanische Recht. Das germanische Recht hat von jeher die durch die Ehe begründete Lebensgemeinschaft auch in der Gestaltung der Vermögensverhältnisse der Ehegatten zum Ausdruck gebracht. Sachsensp. I. 31 §. 1. „Man unde wif ne hebbet nein getweiet gut to irme live“. Schwabensp. Kap. 33. „Man unde wip mugen

als Beitrag zu den Lasten der Ehe ein Heirathsgut, eine Dos[4], zubringe (§. 492 fg.). Seinerseits kann der Mann der Frau

---

nit gehaben dahein guot gezweihet". Dieser Grundgedanke ist in den verschiedenen deutschen Particularrechten noch in verschiedener Weise ausgebildet worden; im Großen aber zeigen sich zwei Hauptrichtungen. Entweder wird das beiderseitige Vermögen nur äußerlich in der Hand des Mannes vereinigt, mit der Befugniß desselben, auch das Vermögen der Frau zu den Zwecken der Ehe zu verwenden (System der Gütereinheit, Gütervereinigung, Güterverbindung); oder es wird aus dem beiderseitigen Vermögen eine rechtlich einige Masse unter der mehr oder minder beschränkten Disposition des Mannes gebildet (System der Gütergemeinschaft). Das erste System ist unter dem Einfluß des römischen Rechts vielfach, und namentlich durch die chursächsische Jurisprudenz, zum System des ehemännlichen Nießbrauchs (ususfructus maritalis) umgebildet worden. — Die deutschrechtliche Gestaltung der ehelichen Vermögensverhältnisse ist statistisch genommen auch heutzutage noch in Deutschland die überwiegende; auf keinem andern Punkte hat sich das deutsche Recht in Deutschland ein gleich umfassendes räumliches Herrschaftsgebiet gewahrt. Nichtsdestoweniger muß als das gemeine deutsche Recht auch in dieser Materie das römische Recht angesehen werden. Zwar, wenn man diesen Satz so ausdrückt: daß für das römische Recht die Vermuthung streite, so ist dieser Ausdruck, wie er überhaupt dem Mißverständnisse ausgesetzt ist (vgl. I §. 2 Note 2), so namentlich in der vorliegenden Materie ein wenig passender; nirgends mehr, als gerade hier, wird der Richter Veranlassung und Pflicht haben, selbständig zuzusehen, ob sich nicht auf einem gegebenen Raum eine deutschrechtliche Gestaltung der ehelichen Güterverhältnisse durch Gesetzgebung oder Gewohnheit erhalten habe. Aber deßwegen ist es nicht weniger wahr, daß, wenn diese Untersuchung zu keinem bejahenden Resultate führt, der Richter, wenn er mit dem Satze von der Reception des römischen Rechts als Ganzen (I §. 2 Note 3) nicht überhaupt brechen will, kein anderes, als eben das römische Recht, zur Anwendung bringen darf. Für welches andere System sollte er sich auch entscheiden? Man hat gesagt: für das System der Gütereinheit. So namentlich Gerber Lehrb. d. deutsch. Privatr. §. 231 Note 1, vgl. §. 230 Note 2, und in ausführlicher Erörterung Fr. Rathmann (Obertribunalsrath in Berlin): Einige Worte über eheliches Güterrecht nach heutigem gemeinen Recht in Deutschland, Chemnitz 1859. Aber auch abgesehen davon, daß durch den Ausdruck: System der Gütereinheit doch nur eine allgemeine Richtung der Gestaltung der ehelichen Güterverhältnisse bezeichnet wird, welche im Einzelnen, und namentlich was den Umfang des Rechtes des Ehemannes angeht, eine Reihe von Fragen offen läßt, man also in diesem System nicht sowohl eine fertige Theorie hat, als vielmehr nur die Grundlage einer erst zu entwickelnden, bei welcher Entwicklung dem individuellen Ermessen ein nicht unbedeutender Spielraum zufallen wird: so beruht diese ganze Meinung auf der Auffassung, daß das System der Gütergemeinschaft eine spätere, mehr

eine Wiederlage gegen die Dos machen (§. 508). Das nicht zur Dos gegebene Vermögen der Frau ist ihr freies Vermögen oder Paraphernalvermögen (§. 507). — Auf den vermögensrechtlichen

---

oder minder unorganische Veränderung (Gerber sprach in früheren Auflagen von einer „Verunstaltung") des ursprünglich in Deutschland allein herrschend gewesenen Systems der Gütereinheit sei, und die Richtigkeit dieser Auffassung ist durch neuere Untersuchungen, zum Mindesten gesagt, zweifelhaft gemacht worden (s. namentlich Roth Jahrb. d. gem. deutsch. R. III. 13, Hänel Zeitschr. f. RGesch. I. S. 273 fg., — auch die Notiz in Betreff des skandinavischen Rechts bei Bluntschli deutsch. Privatr. §. 197 Nr. 2 a. E.). So ist also die Frage noch gar nicht erledigt, ob nicht, wenn man einmal vom römischen Recht abgehen will, für Deutschland ein doppeltes gemeines Recht anzunehmen wäre, welches sich im Allgemeinen als das sächsische und das fränkische bezeichnen ließe, dessen geographische Abgränzung im Einzelnen aber den größten Schwierigkeiten unterliegen, und der Thatsache gegenüber, daß auf einem und demselben Gebiete sich Particularrechte der entgegengesetzten Systeme begegnen, vielleicht unmöglich sein würde. In der That ist aber auch von der Anwendung des römischen Rechts als gemeinen Rechts, wenn sie vernünftig und mit Vorsicht geschieht, keine Schädigung des nationalen Rechtsbewußtseins zu fürchten. Denn die Ehe ist ein so häufig vorkommendes Rechtsverhältniß, daß, wo sich die deutschrechtliche Auffassung der ehelichen Vermögensverhältnisse als wirkliches Rechtsbewußtsein aufrecht erhalten hat, leicht auch eine demselben entsprechende Uebung wird nachgewiesen werden können, und daß, wo dieß nicht möglich ist, der Schluß als gerechtfertigt erscheint, daß es sich nicht sowohl um ein Rechtsbewußtsein, als um eine Stimmung, Neigung, Gefühls- und Gemüthsrichtung handele, welche in ihrer Unbestimmtheit auf keine andere Berücksichtigung Anspruch machen darf, als ihr auf dem Wege der Willensinterpretation füglich verschafft werden kann (§. 494 Note 13). — Das römische Dotalrecht als gemeines Recht erkennen an: Runde eheliches Güterrecht §. 42, und die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn §. 301 und Mittermaier §. 392. Dawider daß für das römische Recht eine „Vermuthung" streite, erklären sich die Lehrbücher von Bluntschli §. 198 Nr. 2 a. E., Beseler §. 138. Ueber die frühere Doctrin und Praxis finden sich Mittheilungen in der oben cit. Schrift von Rathmann S. 116 fg.

4 Der römische Ausdruck dos wird hier beibehalten, aber als recipirter deutscher („Dos") behandelt. Alle deutschen Ausdrücke, welche man an die Stelle dieses Ausdrucks setzen könnte: Heirathsgut, Eingebrachtes, Mitgift, Aussteuer, würden die Frage offen lassen, nach welchen rechtlichen Grundsätzen das Heirathsgut ꝛc. zu beurtheilen sei, während bei der bunten Mannichfaltigkeit der in Deutschland geltenden ehelichen Güterrechte ein Ausdruck, welcher auf das gerade nach römischen Grundsätzen zu beurtheilende Heiraths-

Verkehr zwischen den Ehegatten hat die Ehe nur in soweit Einfluß, daß Schenkungen zwischen Ehegatten ungültig sind (§. 509). — Besondere vermögensrechtliche Folgen sind endlich noch angeknüpft an die verschuldete Ehescheidung (§. 510), an die zweite Ehe (§. 511), und an die vorzeitige Wiederverheirathung (§. 512).

1. Von der Dos*.

a. Begriff.

§. 492.

Dos ist Alles, was von Seiten der Frau dem Manne als Beitrag zu dem Vermögensaufwand zugebracht wird, welcher dem Manne aus der Ehe erwächst[1]. [2]Wegen dieser Bestimmung

---

gut hinweist, wo nicht dringendes Bedürfniß, so doch entschiedene Wohlthat ist.

* Dig. 23. 3 Cod. 5. 12 de iure dotium. Die übrigen von dieser Lehre handelnden Titel werden im Verlauf der Darstellung angegeben werden. — Hasse das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Recht, 1. (einziger) Band 1824. v. Tigerström das römische Dotalrecht, 2 Bände 1831. 1832. Bechmann das römische Dotalrecht, 1. (bisher einzige) Abth. 1863; darüber v. Scheurl krit. VJSchr. VI S. 1 fg. (1864). Glück XXIV S. 425 fg., XXV S. 1—421, XXVII S. 109—454. Unterholzner Schuldverhältnisse II S. 405—482, Sintenis III S. 15—62. §. 492.

1 Die Bestimmung der Dos, den „onera matrimonii" zu dienen, wird in vielen Stellen der Quellen hervorgehoben. So namentlich in l. 76 D. h. t.: — „quia, nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est"; l. 16 pr. D. de pec. castr. 49. 17: — „dos . . matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus confertur"; s. ferner l. 11 D. de pact. dot. 23. 4, l. 20 C. h. t., l. 56 §. 1 D. h. t., l. 46 D. fam. herc. 10. 2, l. 65 §. 16 D. pro soc. 17. 2. Ja die dos wird geradezu als Aequivalent der onera matrimonii aufgefaßt, s. Note 4. Nichtsdestoweniger hat Bechmann a. a. O. in Betreff des Verhältnisses der onera matrimonii zum Begriff der Dos eine lebhafte Polemik gegen die „herrschende Auffassung" erhoben. Bechmann möchte am Liebsten, wenigstens was das classische Recht angeht, die onera matrimonii aus der Begriffsbestimmung der Dos ganz hinauswerfen, und die Dos einfach definiren als „Gabe an den Mann um der Ehe willen", obgleich er dann freilich hinzufügt: Ehe und Ehelasten seien in diesem Sinne ganz identische Begriffe; wo Ehe, da seien auch Ehelasten. Der Hauptinhalt seiner Ausführung ist folgender. a) Das als Dos Gegebene könne möglicherweise in einem einzelnen Fall gar nicht fähig sein, einen Beitrag zu den Lasten der Ehe zu liefern, z. B. eine nuda proprietas, ein unverzinsliches

der Dos liegt in dem Geben einer Dos keine Schenkung an den Mann[3]; der Mann erhält in der Dos keine Bereicherung, son-

---

Forderungsrecht; deßwegen sei es nicht weniger Dos. Aber die herrschende Definition der Dos lautet auch nicht: Dos ist, was Beitrag zu den Ehelasten ist, — sondern: Dos ist, was als Beitrag zu den Ehelasten, mit der Bestimmung, Beitrag zu den Ehelasten zu sein, gegeben wird. b) Der Zweck der Dos sei nicht bloß die Gewährung eines Beitrags zur Bestreitung der ehelichen Lasten; die Dos habe bei den Römern ebenso sehr die Bedeutung gehabt, der Frau eine würdige Stellung im Hause des Mannes zu verschaffen; sie sei ferner für die in der Gewalt des Vaters befindliche und in die Manus des Mannes übertretende Frau der anticipirte Antheil am väterlichen Vermögen, für die selbständige Frau das Organ gewesen, durch welches den Kindern ein Antheil am mütterlichen Vermögen verschafft worden sei. Aber was die zuletzt genannten Zwecke angeht, so liegt es auf der Hand, daß sie der Dos durchaus exoterische sind, Zwecke, welche allerdings möglicherweise durch Geben einer Dos, aber ebenso gut, ja noch viel unmittelbarer, durch Testament erreicht werden konnten; und die würdige Stellung im Hause des Mannes erlangt die Frau eben dadurch, daß sie dem Manne einen Beitrag zu den Kosten des gemeinschaftlichen Lebens zubringt: die Dos dient allerdings auch ihren Interessen, aber doch nur dadurch, daß sie zunächst denen des Mannes dient. Vgl. auch Scheurl S. 4 fg. — Nicht in die Begriffsbestimmung der Dos gehört — und in dieser Beziehung hat die Polemik Bechmann's Grund — das Moment, daß nach dem Willen des Gebers nur der Ertrag des Gegebenen Beitrag zu den Ehelasten sein solle. Wäre diese Beschränkung des Rechtes des Mannes auf den Willen des Gebers zurückzuführen, so müßte dem Geber nach Beendigung der Ehe, oder jedenfalls nach Aufhören der Ehelasten, condictio sine causa (ob causam dati causa finita) zustehen, und davon weiß das römische Recht nichts. Umgekehrt heißt es in l. 1 D. h. t. ausdrücklich: „Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit" (vgl. Bechmann S. 17 fg.). Die Verpflichtung des Mannes zur Herausgabe des Capitals der Dos nach Beendigung der Ehe beruht vielmehr auf der Bestimmung des Gesetzes, welches die Dos ergreift, sowie sie gegeben ist. Ebendeßwegen gehört aber auch ferner diese Verpflichtung nicht in die Begriffsbestimmung der Dos; diese Verpflichtung setzt eine Dos voraus, und kann daher eine Dos nicht erst schaffen. — Wie aber ist es, wenn ausdrücklich ausgemacht wird, daß der Mann das Eingebrachte definitiv behalten solle: ist auch dann noch eine Dos vorhanden? Jedenfalls fallen dann alle diejenigen Rechtssätze weg, welche sich auf die Herausgabe der Dos beziehen, und damit der wesentliche Inhalt des Dotalrechtes: im Uebrigen aber stehe ich nicht an, die aufgeworfene Frage zu bejahen. Eine solche Gabe ist immer noch eine Gabe um der Ehelasten willen, und daher namentlich nicht als Schenkung zu behandeln (Note 4). Vgl. Bechmann S. 208. 209; auf der anderen Seite Arndts §. 395 Anm. 1.

dern Ersatz für eine Vermögensaufopferung, welche er seinerseits übernimmt[4]. [5] Ferner wird durch diese Bestimmung der Dos bewirkt, daß der Bestand der Bestellung der Dos von dem Zustandekommen der Ehe bez. der Gültigkeit der bestehenden abhängig ist[6], entweder nach dem Gesichtspunkt der Voraussetzung, oder nach dem der Bedingung[7].

---

[2] Vgl. zum Folgenden Hasse S. 383—411, Bechmann S. 194—200, v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen S. 38—87, Savigny System IV S. 82, vgl. S. 174.

[3] a) L. 21 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. b) L. 25 §. 1 i. f. D. quae in fraud. cred. 42. 8. c) L. 9 §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4, l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1. d) L. 19 D de O. et A. 44. 7. e) L. 47 pr. D. mand. 17. 1. f) L. 8 §. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6. g) L. un. §. 1 C. de imponenda lucrativa descriptione 10. 35. Ueber l. 20 C. de don. a. n. 5. 3 s. Bechmann S. 201.

[4] Es ist bereits bemerkt worden, daß die Quellen die Dos geradezu als Aequivalent der onera matrimonii auffassen. Es heißt, daß der Mann die Dos „pro oneribus matrimonii" habe (l. 21 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1); daß er ohne die Dos nicht geheirathet haben würde (l. 25 §. 1 i. f. D. quae in fraud. cred. 42. 8, l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4, l. 9 §. 1 D. de cond. c. d. n. s. 12. 4); er wird mit einem Gläubiger, und gar mit einem Käufer verglichen (l. 25 §. 1 cit., l. 19 D. de O. et A. 44. 7, l. 13. D. quib. mod. pign. 20. 6). Trotz dem sieht Bechmann, der auch hier von seiner Scheu vor den onera matrimonii beherrscht bleibt, den Grund, weßwegen das Geben einer Dos keine Schenkung sei, nicht in dem Mangel der Bereicherung des Mannes, sondern darin, daß die Absicht des Gebers nicht auf eine Bereicherung schlechthin, sondern auf eine Bereicherung zum Zweck des Herstellens einer dotirten Ehe gerichtet sei. Allerdings würde auch dieser Gesichtspunkt hinreichen, den Begriff Schenkung auszuschließen, wenngleich in der Dos eine Bereicherung für den Mann läge (§. 365 Note 4). — Bei der Dos, welche von der Frau selbst gegeben wird, kommt als Grund, weßwegen sie keine Schenkung ist, hinzu die der Frau obliegende natürliche Verpflichtung zum Geben einer Dos, l. 32 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6, vgl. 289 Nr. 3.

[5] Dagegen liegt in der Bestellung einer Dos durch einen Dritten eine Schenkung an die Frau, oder sie kann wenigstens darin liegen. Vgl. l. 33 i. f. l. 43 §. 1 D. h. t., l. 25 §. 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8, l. 31 pr. C. h. t., l. un. §. 13 C. de rei ux. act. 5. 13, Vat. Fr. 305. 306. Bechmann S. 211 fg., Scheurl S. 35 fg.

[6] „Neque enim dos sine matrimonio esse potest", l. 3 D. h. t.

[7] L. 7 §. 3 l. 9 pr. D. h. t. Für die Voraussetzung (§. 427 Note 12) spricht die Vermuthung, wenn die Dos sofort hingegeben worden ist. L. 8 D. h. t. „Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est, hoc agi, ut statim res sponsi fiant, et nisi nuptiae secutae fuerint reddantur". L. 1. §. 2

b. Bestellung.

α. Personen. Verpflichtung zur Bestellung.

§. 493.

1. Bestellt wird die Dos dem Manne; möglicherweise, wenn derselbe in väterlicher Gewalt steht, auch seinem Vater[1].

2. Bestellt wird die Dos entweder von der Frau selbst, oder für sie von einem Dritten[2].

3. Verpflichtet zur Bestellung einer Dos dem Manne gegenüber ist nur die Frau, und auch sie nur in natürlichem Sinne[3]. Dagegen hat die Frau ihrerseits einen Anspruch auf Gewährung einer Dos: a) gegen ihren Vater und ihre väterlichen Ascendenten[4],

---

3 D. pro dote 41. 9. Anders jedoch kann, wenn nicht das Hingegebene selbst, sondern sein Geldwerth Dos sein soll, l. 10 §. 4. 5 D. h. t., l. 17 §. 1 eod., l. 2 D. pro dote 41. 9, Vatr. fr. 111. Anders auch bei dem Versprechen einer Dos, l. 21 l. 41 §. 1 l. 68 D. h. t, l. 36. 37. 80. 83 eod., l. 4 §. 2 D. de pact. 2. 14, vgl. §. 494 Note 4; ferner bei der Bestellung einer Dos durch Schulderlaß, l. 43 pr. D. h. t., l. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Windscheid Voraussetzung S. 146—148, Erxleben condictiones sine causa II S. 92 fg. 486.

§. 493. [1] In diesem Falle fällt aber die Dos nach dem Tode des Vaters nicht an seine Erben, sondern an den Mann. L. 20 §. 2 l. 51 pr. D. fam. herc. 10. 2, l. 1 §. 9 D. de dote prael. 33. 4 („sive heres institutus esset, familiae herciscundae iudicio, sive non, utili actione").

[2] „Pro muliere", „nomine mulieris". Vgl. z. B. l. 5 §. 11 l. 9 pr. l. 29 l. 44 l. 48 §. 1 l. 58 pr. l. 59 §. 2 D. h. t. L. 9 C. de pact. conv. 5. 14: — „alio pro ea offerente dotem ipsa eam pro se videtur offerre". Vgl. Buchka Stellvertretung S. 93 fg., Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 96 fg. — Die von dem Vater oder einem väterlichen Ascendenten der Frau bestellte Dos heißt dos profecticia, jede andere dos adventicia. Ulp. VI. 2, l. 5 l. 6 pr. §. 1 D. h. t., l. 6 D. de coll. 37. 6. Auf väterliche Gewalt kommt es dabei nicht an, l. 5 cit. §. 11.

[3] L. 32 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6. S. §. 289 Nr. 3. Erfüllt die Frau, obgleich sie Vermögen hat, diese ihre Verbindlichkeit nicht, so darf der Ehemann seinerseits ihr die Alimentation verweigern; er ist verpflichtet, die onera matrimonii zu tragen, aber nur von seinem in angemessener Weise durch die Frau verstärkten Vermögen.

[4] Zuerst eingeführt durch die lex Iulia und Papia Poppaea für die Tochter unter Gewalt unter dem Gesichtspunkt, daß der Vater durch Verweigerung einer Dos der — nothwendig vermögenslosen — Tochter die Eingehung einer

eigene Vermögenslosigkeit vorausgesetzt[5]; b) in außerordentlichen Fällen in gleicher Weise gegen ihre Mutter[6]; und endlich kann c) nach einem unzweifelhaften Gewohnheitsrecht die verführte unbescholtene Jungfrau oder Wittwe von dem Verführer verlangen, daß er sie entweder eheliche, oder ihr durch Gewährung einer Dos die Eingehung einer andern Ehe ermögliche[7].

Ehe unmöglich mache. L. 19 D. de R. N. 23. 2. Die spätere Ausdehnung auf emancipirte Töchter ist nicht unbestritten. Einen sicheren Beweis für diese Ausdehnung gewähren allerdings weder l. 6 D. de coll. 37. 6, noch, worauf man sich gewöhnlich beruft, l. 7 C. de dot. prom. 5. 11; doch halte ich für entscheidend, daß auch die der emancipirten Tochter gegebene Dos dos profecticia ist, und dem Rückfallsrecht des Vaters unterliegt (oder doch nach classischem Rechte unterlag). S. auch Nov. 97 c. 5. Hasse S. 348—351, Glück XXV S. 62 fg.

[5] L. 7 C. de dot. prom. 5. 11. Diese Stelle, eine Decision von Justinian, will die Frage entscheiden, wann angenommen werden dürfe, daß die vom Vater gegebene Dos nicht aus seinem Vermögen, sondern aus dem Vermögen der Tochter gegeben sei: sie hätte sich unmöglich so ausdrücken können, wie sie sich ausdrückt, wenn sie angenommen hätte, daß der Vater unter allen Umständen eine Dos geben müsse. Glück XXV S. 69 fg., Vangerow I §. 216 Anm. 1, Sintenis §. 132 Anm. 43 (welcher mit Recht auch auf die Analogie der Alimentationsverbindlichkeit des Vaters aufmerksam macht). Seuff. Arch. I. 238, VII. 260. — Fernere Fragen: 1) Größe der zu gewährenden Dos? L. 60 l. 69 §. 4. 5 D. h. t., l. 43 D. de leg. II° 31. Seuff. Arch. VII. 60, XIV. 141. 2) Ist der Vater zur Dotation auch bei bereits bestehender Ehe, und ist er auch zur Wiederbestellung einer Dos nach Verlust der ersten verpflichtet? Glück XXV S. 76 fg., Sintenis §. 132 Anm. 47, Vangerow I §. 216 Anm. 2. Seuff. Arch. VII. 60.

[6] L. 14 C. h. t. „Neque mater pro filia dotem dare cogitur, nisi ex magna et probabili causa, vel lege specialiter expressa". Ich glaube nicht, daß als „magna et probabilis causa" schon erachtet werden darf, wenn die Tochter einfach kein Vermögen hat, und auch vom Vater ꝛc. keine Dos zu erlangen ist; sondern es muß irgend ein anderer Umstand hinzukommen, welcher die Verweigerung der Dotirung als eine ganz besondere Lieblosigkeit erscheinen läßt. Vgl. übrigens auch Glück XXV S. 97. 98, Sintenis §. 132 Anm. 44. Die einzige „causa lege expressa" steht in l. 19 §. 1 C. de haer. 1. 5: die nicht rechtgläubige Mutter soll die rechtgläubige Tochter dotiren, — und diese Vorschrift ist heutzutage unanwendbar (I §. 55). — Ueber die auf Grund von l. 12 §. 3 D. de adm. 26. 7 von Manchen gemachte Annahme einer Dotationspflicht des Bruders s. Hasse S. 358 fg., Glück XXV S. 99 fg., Vangerow I §. 216 Anm. 1, Arndts §. 396 Anm. 3.

[7] Das Gewohnheitsrecht gründet sich auf c. 1. 2 X. de adult. 5. 16, welche Stellen aber den bezeichneten Satz nicht enthalten. Denn in der ersten

β. Act der Bestellung.

§. 494.

Bestellt wird die Dos dadurch, daß dem Manne eine Vermögensvermehrung in der in §. 492 bezeichneten Absicht verschafft wird. Worin die Vermögensvermehrung besteht, ist gleichgültig; eine Dos kann nicht bloß durch Verschaffung des Eigenthums[1] bestellt werden, sondern namentlich[2] auch: durch Verschaffung eines Rechtes an fremder Sache[3]; durch Verschaffung eines Forderungsrechts, gegen den Bestellenden[4] oder

---

heißt es: „dotabit eam et habebit uxorem"; die zweite droht bei Verweigerung der Ehe Strafe. Vgl. über das Nähere dieser Lehre Glück XXVIII S. 150—183 und die daselbst Citt., ferner Busch Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen gegen ihre Verführer ꝛc. (1828), Gett die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft S. 6—84 (1836), Sintenis III S. 26—29, Seuffert Pand. II §. 427, Holzschuher I S. 415—428, Seuff. Arch. I. 230. 231, IX. 163. 164. 295. 296, XIII. 145; I. 230. 232. VI. 200. 294, VII. 48; I. 229, IX. 295. 296, XIV. 39; IX. 164, X. 52, XIII. 316 vgl. IX. 36. — Die zuletzt genannten Urtheile beziehen sich auf die Frage, ob der Anspruch der Verführten auf ihre Erben übergehe? Man hat dieß geleugnet, indem man den Anspruch unter den Gesichtspunkt einer actio vindictam spirans gestellt hat (Kierulff S. 227 Note, Wächter Würt. Privatr. II S. 533 Note 53, Köppen Erbrecht S. 178 Note 20); aber diese Auffassung des Anspruchs läßt sich als eine gewohnheitsrechtlich begründete nicht nachweisen. S. Glück a. a. O. S. 170 fg. (welcher selbst aber verlangt, daß die Verführte wenigstens bei ihren Lebzeiten sich über die Absicht der Geltendmachung ihres Anspruchs erklärt habe), Busch §. 87. 90, Gett S. 33, Seuffert Note 19, Sintenis Anm. 50 a. E. Von den obengenannten Urtheilen ist nur das erste gegen die Vererblichkeit.

§. 494. 1 Der gewöhnliche Fall, s. z. B. l. 7 §. 3 D. h. t., l. 47 §. 6 D. de pec. 15. 1, Gai. II. 63. Nuda proprietas: l. 4 D. l. 17. 18 C. h. t. — Auch wenn dem Manne eine bloße bonae fidei possessio verschafft worden ist, greifen die Dotalgrundsätze Platz, l. 12 pr. D. de Publ. 6. 2, l. 6 §. 1 D. h. t. Vgl. Hasse S. 241.

2 Im Uebrigen vgl. §. 365 Abs. 2.

3 L. 7 §. 2 l. 66 l. 78 §. 2 D. h. t, l. 57 D. sol. matr. 24. 3; vgl. l. 4 D. de pact. dot. 23. 4.

4 Der Besteller kann entweder abstract versprechen, oder mit dem (ausdrücklichen oder stillschweigend verstandenen, l. 23 D. h. t.) Zusatz: als Dos (dotis nomine), s. z. B. l. 20 l. 48 pr. D. h. t. Der letztere Fall ist derjenige, in welchem der Bestand der Ehe für den Bestand des Versprechens Bedingung ist (§. 492 Note 7): l. 21 l. 41 §. 1 l. 68 D. h. t.

einen Dritten [5]; durch Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung [6] oder von einer Schuld [7]. Eine Dos kann ferner bestellt werden nicht bloß durch directe, sondern auch durch indirecte Zuwendung [8], und nicht bloß durch Willenserklärung unter Lebenden, sondern auch durch Vermächtniß [9]. Auch ein ganzes Vermögen kann zur Dos gegeben werden, ohne daß jedoch dadurch eine Gesammtnachfolge begründet wird [10]. — Ein besonderer Fall der Bestellung einer Dos ist der, wo Etwas unter Veranschlagung zu Geld hingegeben wird, mit der Bestimmung, daß nicht das Hingegebene selbst, sondern die Anschlagssumme Dos sein solle. Ein solches Geschäft ist Bestellung einer Dos mit vorhergehendem Verkauf [11]. —

---

5 Namentlich (vgl. übrigens §. 365 Note 10) durch Cession (l. 69 §. 1 D. h. t., l. 2 C. de O. et A. 4. 10), oder durch Delegation (l. 36. 37 l. 56 pr. l. 78 §. 5 l. 80. 83 D. h. t.). Auch der Delegirte kann abstract versprechen oder dotis nomine: vgl. l. 36. 37. 80. 83 D. h. t., l. 7 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4.

6 L. 78 pr. D. h. t., l. 57. D. sol. matr. 24. 3.

7 L. 41 §. 2 l. 43 pr. l. 58 §. 1 D. h. t., l. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 12 §. 2 D. h. t.

8 Indirecte Zuwendung: a) durch Inbewegungsetzung von Mittelgliedern, namentlich (§. 365 Note 15) durch Ausschlagung eines Erwerbes (l. 5 §. 5 D. h. t., l. 14 §. 3 D. de fundo dot. 23. 5), durch Bestimmung eines Dritten zur Leistung an den Mann (Note 5, l. 5 §. 1 D. h. t., l. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4); b) durch Leistung an den Mann in der Person eines Dritten (l. 19 l. 59 pr. D. h. t., l. 14 pr. D. de fundo dot. 23. 5).

9 L. 48 §. 1 D. h. t., l. 69 §. 2 D. de leg. 1º 30, l. 71 §. 3 D. de cond. 35. 1. Hasse S. 319—334.

10 L. 72 pr. D. l. 4 C. h. t., l. 13 §. 10 D. de H. P. 5. 3. In Betreff des Näheren s. das in §. 368 für die Schenkung Ausgeführte, was in ganz gleicher Weise auch hier gilt.

11 L. 10 §. 5 D. h. t.: — „aestimatio venditio est". Der Besteller überläßt dem Manne das Hingegebene für den vereinbarten Kaufpreis, und bestimmt zugleich, daß der Mann den Kaufpreis nicht zu bezahlen brauche, sondern als Dos behalten solle. Consequenzen aus dem Gesichtspunkt des Kaufes: a) actio ex emto, l. 1. 10. C. h. t.; b) der Mann trägt die Gefahr schon vor der Tradition, l. 10 C. cit., l. 14. 15 D. h. t.; c) er erhält andererseits das commodum rei, l. 10 C. cit., l. un. §. 9 C. de rei ux. act. 5. 13; d) er haftet wegen Entwehrung nach den Grundsätzen des Kaufs, l. 16 D. l. 1 C. h. t.; e) usucapio pro emtore, l. 2 D. pro dote 41. 9. Andererseits ist das Geschäft doch kein reiner Kauf, sondern ein Kauf eben zum Zweck der Bestellung einer Dos, „non simplex venditio, sed dotis causa", l. 16 D. h. t.

Die Bestellung einer Dos braucht nicht ausdrücklich zu geschehen; sie kann auch stillschweigend erfolgen. Dieß ist bereits im römischen Recht für den Fall anerkannt, wo die Frau nach der Scheidung mit dem nämlichen Manne eine neue Ehe eingeht, ohne die Dos der früheren Ehe zurückgefordert zu haben: es soll dann angenommen werden, daß sie die Dos auch für die neue Ehe habe geben wollen [12]. Nach heutigem Recht muß man weiter gehen, und eine stillschweigende Bestellung einer Dos in allen Fällen annehmen, in welchen von der Frau oder von Seiten der Frau Vermögen ohne Vorbehalt in die Hand des Mannes gegeben wird [13].

Daher wird bei Unangemessenheit des vereinbarten Kaufpreises dem Benachtheiligten in einer Weise geholfen, welche weit über die Grundsätze des Kaufvertrages hinausgeht, l. 12 §. 1 D. h. t., l. 6 C. sol. matr. 5. 18, vgl. l. 6 §. 2 D. h. t. Ferner: was der Mann im Fall der Entwehrung über den vereinbarten Preis hinaus erlangt, ist ebenfalls Dos, l. 16. 52 D. h. t. (§. 500 Note 12). Modification des Geschäfts: es soll entweder das Hingegebene, oder die bezeichnete Geldsumme zurückgegeben werden müssen, l. 10 §. 6 l. 11 D. h. t., l. 11 D. de fundo dot. 23. 5, l. 1 C. eod. 5. 23, Vat. fr. 114. Vgl. hierzu l. 52 §. 1 D. loc. 19. 2 (§. 400 Note 22), — und über das Ganze Czyhlarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX. 1.

[12] L. 13. 30. 40. 64 l. 69 §. 2 D. h. t., l. 19 l. 66 §. 5 D. sol. matr. 24. 3; vgl. l 63 D. h. t. Hasse S. 452—474.

[13] An diesem Punkte darf, glaube ich, und muß verwerthet werden der durch die Geschichte des deutschen ehelichen Vermögensrechtes hinlänglich bezeugte Zug des deutschen Rechtsbewußtseins nach einer Ausprägung der Einheit der Ehegatten auch in der Gestaltung ihrer Vermögensverhältnisse (§. 491 Note 3). Der allgemeinste Inhalt dieses Zuges ist der, daß das Vermögen beider Ehegatten in der Hand des Hauptes der Familie, des Mannes, vereint sein, und durch denselben den Zwecken der Ehe dienstbar gemacht werden solle: die gemeinrechtliche Rechtsform aber zur Befriedigung dieses Zuges ist das römische Dotalrecht (§. 491 Note 3). — Gegen den im Texte aufgestellten Satz kämpft auf das Lebhafteste Bechmann Jahrb. d. gem. R. V. 14, und vom Standpunkt des römischen Rechts unwiderleglich richtig; das heutige Recht läßt Bechmann unberücksichtigt. Anders Hasse S. 412 fg., welcher ausdrücklich sagt, daß der aufgestellte Satz nur vom Standpunkte des römischen Rechts unrichtig sei. „Was hier die Praxis aber entschuldigen, ja, wenn man über die Quelle, aus der sie ihre Regeln herleitet, hinwegsieht, rechtfertigen kann, wird erst in einem folgenden Theil sich zeigen lassen" (S. 412 Note 445). Uebereinstimmend mit dem hier Gelehrten in der Hauptsache: Glück XXV S. 220 fg., XXIV S. 434, Sintenis §. 132 Anm. 71. 12.

γ Verpflichtung aus der Bestellung.

§. 495.

Aus der Bestellung der Dos kann sich möglicherweise eine Verpflichtung für den Besteller ergeben [1]. Es ist dieß der Fall: a) wenn die Bestellung der Dos dadurch geschieht, daß Etwas als Dos versprochen wird [2]; b) wenn die Bestellung der Dos in der Erklärung besteht, daß Etwas Dos sei oder sein werde, oder als Dos gegeben werde, und durch diese Erklärung der beabsichtigte rechtliche Zustand nicht sofort auch bewirkt wird [3]. — Hierfür gelten folgende nähere Grundsätze.

Angaben über die ältere Literatur bei Glück XXV S. 221. 222 und in der §. 491 Note 3 citirten Schrift von Rathmann. Vgl. auch Holzschuher I §. 58 Nr. 12, Puchta §. 414. d; andererseits Arndts §. 398 Anm. 6.

[1] Vgl. hierzu das §. 366 in Betreff der Schenkung Gesagte. § 495.

[2] Dotis promissio. Es ist schon bemerkt worden (§. 494 zu Note 4), daß bereits in der dotis promissio eine dotis constitutio liegt; d. h. das durch das Versprechen dem Manne erworbene Forderungsrecht steht schon unter Dotalgrundsätzen. L. 41 l. 44 §. 1 D. sol. matr. 24. 3, l. 33. 49 D. h. t. Hasse S. 264—290. — Das Dotalversprechen war schon nach römischem Recht ohne alle Form verbindlich, l. 6 C. de dot. prom. 5. 11 (Theodos. II et Valentin. III a. 428; s. übrigens auch Dioclet. et Maxim. l. 4 eod.). Nach einer verbreiteten Behauptung (v. Löhr Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 227 fg., Puchta §. 415. b, Sintenis §. 132 Anm. 33, Holzschuher I §. 58 Nr. 10. a) soll es auch der Annahme von Seiten des Mannes nicht bedürfen. Man stützt diese Behauptung auf den in l. 6 C. cit. vorkommenden Ausdruck pollicitatio, welcher aber hier, wie in l. 25 C. ad SC. Vell. 4. 29, nicht in technischem Sinn (§. 304 Note 3), und offenbar nur deßwegen gebraucht ist, um die in der folgenden Note erwähnte Dotalzusage (dotis dictio, s. die ursprüngliche Gestalt der l. 6 C. cit. in l. 4 C. Th. de dotibus 3. 13) mit zu treffen. In anderen Stellen ist geradezu pollicitatio für dictio interpolirt, so in l. 1 §. 8 D. de dot. coll. 37. 7, l. 1. 13 C. h. t. Vgl. auch Unterholzner II S. 424, Arndts §. 397 Anm. 2.

[3] Beispiele aus den Quellen: l. 25 l. 44 §. 1 l. 46 §. 1 l. 57 l. 59 pr. D. h. t. Im älteren römischen Rechte wurde durch eine solche Zusage — dotis dictio — nur die Frau selbst, ihr Vater, Großvater ꝛc., und ihr Schuldner verpflichtet. Ulp. VI. 2, ep. Gaii II. 9 §. 3. In der Justinianischen Compilation ist der Ausdruck dotis dictio überall durch Interpolation beseitigt, s. die zu Anfang dieser Note und in Note 2 a. E. citirten Stellen. Die dotis dictio als besonderes Rechtsinstitut war durch das in der vorigen Note genannte Gesetz überflüssig gemacht: vielleicht auch, daß für die dotis dictio Besonderes galt,

1. Aus der Bestellung einer Dos entsteht deßwegen nicht weniger eine Verbindlichkeit, weil die Bestellung ohne nähere Bezeichnung des Gegenstandes erfolgt ist; es ist in diesem Falle eine den Verhältnissen angemessene Dos zu leisten[4].

2. Die Verpflichtung des Bestellers geht bei körperlichen Sachen auf Verschaffung von Eigenthum, und zwar von

---

was nun überflüssig sein sollte, wie z. B., was sehr wahrscheinlich und fast sicher ist, persönliche Gegenwart der Parteien und mündliche Rede. Die Behauptung, daß die dotis dictio ohne Annahme verbindlich gewesen sei, läßt sich nicht rechtfertigen. Vgl. überhaupt: Meykow die Diction der römischen Brautgabe (1850); Hasse S. 291 fg., Arndts §. 397 Anm. 2.

[4] Es ist in den Quellen anerkannt, daß, wenn Jemand als Dos verspreche: „quodcunque arbitratus fuisset", dieses arbitrium als arbitrium boni viri zu verstehen sei, l. 3 C. de dot. prom. 5. 11 (vgl. l. 24 pr. D. loc. 19. 2, l. 22 §. 1 D. de R. I. 50. 17). L. 69 §. 4 D. h. t. sodann sagt, daß das Gleiche gelte „arbitrio quoque detracto". Man hat zwar diese letztere Entscheidung auf denjenigen Fall beschränken wollen, von welchem die genannte Stelle unmittelbar spricht, den Fall, wo das Versprechen von dem Vater der Frau geleistet worden ist, indem man nämlich den Grund der Entscheidung in der dem Vater obliegenden Dotationsverbindlichkeit gefunden hat; aber die Stelle selbst gibt als Grund ihrer Entscheidung einen ganz anderen an, nämlich daß in dem Betrage des Vermögens des Vaters und dem Stande des Mannes Anhaltspunkte zur Bestimmung der Größe der Dos gegeben seien. Andererseits rescribirt nun allerdings in l. 1 C. de dot. prom. 5. 11 K. Alexander an eine Ehefrau, daß das von ihr ohne Bezeichnung einer „species" oder „quantitas" gegebene Dotalversprechen unverbindlich sei, und man hat daher wenigstens für die Ehefrau eine Ausnahme von der im Text aufgestellten Regel geltend machen wollen. Aber wenn man die Auslegung, daß das Versprechen einer Dos ohne nähere Bezeichnung als das Versprechen einer angemessenen Dos zu verstehen sei, überhaupt als eine natürliche und von der Billigkeit geforderte anerkennt: so wüßte ich keinen Grund, weßwegen diese Auslegung nicht auch bei der Ehefrau, der doch sogar eine, wenn auch nur natürliche, Verbindlichkeit zur Leistung einer Dos obliegt, durchgeführt werden sollte. Ich halte es daher für weit wahrscheinlicher, daß in l. 1 C. cit. ein principiell verschiedener Standpunkt vertreten ist, und daß daher hier eine Antinomie vorliegt und die bezeichneten Stellen sich gegenseitig aufheben. Welche Entscheidung dabei wir von uns aus zu treffen haben, kann unmöglich zweifelhaft sein; es hindert uns durchaus nichts, die zuvor bezeichnete natürliche und billige Auslegung in einem gegebenen Falle wirklich zur Anwendung zu bringen. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Hasse S. 369 fg., Glück XXV S. 169 fg., Sintenis §. 132 Anm. 37, Puchta §. 415. f, Arndts §. 397 Anm. 3. Seuff. Arch. II. 189.

solchem Eigenthum, welches zum Behalten der Sache befugt[5]. Ist Eigenthum dieser Art nicht verschafft worden, so haftet der Besteller auf das Interesse des Mannes, bei generisch bestimmten Sachen nach Wahl desselben auch auf Geben einer anderen Sache oder anderer Sachen derselben Art[6]. Bei cedirten Forderungen haftet der Besteller für juristische Existenz[7]; für factische Realisir-

---

[5] Eigenthum: die beschränkte Verpflichtung des Käufers, welcher nur wegen Entwehrung haftet, auf den Besteller einer Dos zu übertragen, halte ich trotz des §. 492 Note 4 bezeichneten Gesichtspunktes nicht für gerechtfertigt. L. 1 C. h. t. steht nicht entgegen; diese Stelle sagt nicht, daß der Besteller bloß wegen Entwehrung hafte. Eigenthum, welches zum Behalten der Sache befugt: gemäß der Regel, §. 342 Note 5. 6. Die herrschende Meinung läßt den Besteller nur wegen Eviction haften. — Die herrschende Meinung geht aber noch weiter, und läßt auch diese letztere Verpflichtung nur im Falle eines vorhergegangenen Dotalversprechens (oder, wie Einige hinzufügen, einer gesetzlichen Dotationsverpflichtung), nicht aber in dem Falle eintreten, wo ohne vorhergehende Verpflichtung eine Sache sofort zur Dos gegeben worden ist. Man stützt diese Beschränkung auf l. 1 cit., welche sie allerdings wörtlich enthält, und welche von dem Standpunkte des zu ihrer Zeit geltenden Rechts gar nicht anders entscheiden konnte. Aber ebenso unzweifelhaft scheint es mir, daß anders entschieden werden muß, seit keine Stipulation mehr nöthig ist, um die Verpflichtung zur Leistung einer Dos zu erzeugen. Seit dieser Zeit begründet die Uebergabe einer Sache zur Dos gerade so gut eine Verpflichtung, wie das Dotalversprechen. Oder will man keine Verpflichtung entstehen lassen aus der Erklärung: ich gebe als Dos dieses Grundstück? Und wenn man es will, warum soll es anders sein, wenn mit dieser Erklärung Tradition verbunden, oder, besser gesagt, wenn diese Erklärung in der Tradition abgegeben wird? Man wird auch nicht die Analogie der Schenkung anziehen dürfen (§. 366 Note 7: „der Schenker schenkt das Geschenkte, wie er es hat"); denn die Bestellung einer Dos ist eben keine Schenkung (§. 492 Note 3. 4). Uebrigens würde aus diesem Argument sich ergeben, daß auch aus dem Dotalversprechen nicht wegen Eviction gehaftet werde, und wirklich ist dieser Satz aufgestellt worden, indem man nämlich das in l. 1 C. cit. erwähnte Versprechen von einem Evictionsversprechen hat verstehen wollen. S. noch l. un. §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13. Literatur: Glück XX S. 206, XXV S. 90 fg., Unterholzner II §. 549, Sintenis §. 132 Anm. 80, Arndts §. 403, Vangerow I §. 217 Anm. 2, Holzschuher I §. 58 Nr. 15, Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 262. 263.

[6] Es greifen hier die gleichen Grundsätze Platz, wie bei der Schenkung und beim Kauf (§. 366 Note 8, §. 391 Note 37a).

[7] Es darf auch hier (vgl. Note 5 a. E.) nicht die Analogie der Schenkung zu Grunde gelegt werden.

barkeit nur dann, wenn der Cession die Verpflichtung zur Bestellung einer Dos, oder aus der Bestellung die Verpflichtung zur Verschaffung einer nicht individuell bestimmten Forderung vorherging [8].

3. Der Besteller haftet nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen solcher Nachlässigkeit, welche er in eigenen Angelegenheiten zu vermeiden pflegt [9]. Auf Früchte und Zinsen haftet er auch abgesehen vom Fall des Verzuges dann, wenn er mit der Entrichtung der Dos zwei Jahre nach Eingehung der Ehe in Rückstand bleibt; der Zinsfuß beträgt in diesem Falle 4 % [10].

4. Ueber die dem Besteller zustehende Rechtswohlthat der Lebensnothdurft s. §. 267 Note 12. 13.

5. Die Forderung gegen den Besteller ist gesichert durch ein gesetzliches Pfandrecht an dessen gesammtem Vermögen [11].

c. Rechtsverhältniß.

α. Während bestehender Ehe.

§. 496.

Die Bestimmung der Dos ist, dem Manne Beitrag zu sein zu den Lasten der Ehe (492). Jedoch gewährt das Recht dem Manne

---

[8] Für factische Realisirbarkeit haftet nicht einmal der Verkäufer (§. 397 Note 3). Wer aber zur Bestellung einer Dos verpflichtet ist, muß das Vermögen des Mannes in gewissem Maße vermehren, und das thut er nicht durch Verschaffung einer uneinziehbaren Forderung. Ebenso, wer versprochen hat, eine gewisse Summe als Dos in Forderungen zu geben, hat versprochen, diese Summe in guten Forderungen zu geben. Vgl. Schliemann Haftung des Cedenten S. 23 fg.

[9] Er haftet nicht bloß wegen Arglist: er hat nicht geschenkt, und man kann nicht sagen, daß „nulla eius utilitas versatur“ (§. 265 Note 12, §. 492 Note 3. 4). Von der andern Seite darf er nicht härter behandelt werden, als der Mann selbst; auch sonst wird in den Quellen die Verpflichtung des Bestellers und des Empfängers der Dos vielfach parallelisirt (l. un. §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13, §. 7 eod. vergl. mit l. 31 §. 2 C. h. t., §. 267 Note 12. 13).

[10] L. 31 §. 2 C. h. t. Vgl. Glück XXV S. 181 fg., Sintenis §. 132 Anm. 68. Seuff. XII. 116.

[11] L. un. §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13. S. I §. 232 Note 15.

zu diesem Ende nur den Ertrag der Dos[1], so daß das Kapital der Frau verbleibt. Die Form aber, in welcher das Recht diesen Gedanken verwirklicht, ist nicht der eines ehemännlichen Nießbrauchs; vielmehr verleiht es dem Manne das ihm als Dos Gegebene zu vollem Rechte[2], und legt ihm nur die Verpflichtung auf, das empfangene Kapital nach Auflösung der Ehe wieder herauszugeben[3] [4].

---

1 L. 7 pr. D. h. t. „Dotis fructum ad maritum pertinere debere, aequitas suggerit; cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est, eum etiam fructus percipere". L. 10 §. 3 eod.: — „quia fructus dotis ad eum pertineat". §. 496.

2 S. z. B. §. 40 I. de R. D. 2. 1, l. 47 §. 6 D. de pec. 15. 1, l. 3 §. 21 D. de acq. poss. 41. 2, l. 13 §. 2 D. de fundo dot. 23. 5, l. 9 §. 1 l. 75 i. f. D. h. t., l. 23 C. h. t.

3 Es tritt somit hier das Recht in einen Gegensatz zur natürlichen Auffassung (vgl. I §. 148 Note 12, II §. 287 Note 1), welche nicht auf die Rechtsform sieht, sondern auf das praktische Resultat, dem die Rechtsform dient. Dieser natürlichen Auffassung hat den prägnantesten Ausdruck gegeben Justinian in l. 30. C. h. t.: — „quum eaedem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in eius permanserint dominio. Non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est". Und sodann: — „sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse . .". Aber auch schon bei den klassischen römischen Juristen findet sich diese natürliche Auffassung hervorgehoben. S. l. 3 §. 5 D. de min. 4. 4.: — „quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est"; l. 75 D. h. t.: — „quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est"; l. 71 D. de evict. 21. 2: — „mulieris dos est"; l. 4 D. de coll. 37. 6: — „in matrisfamilias bonis esse dos intelligatur". L. 7 §. 12 l. 24 §. 5 D. sol. matr. 24. 5. — Bechmann S. 132 fg. hat sich große Mühe gegeben, die Bedeutung dieser Aeußerungen möglichst herabzusetzen, auch hier unter dem Eindrucke seiner Abneigung gegen die onera matrimonii (§. 492 Note 1). S. gegen denselben auch Scheurl S. 28 fg. Von der anderen Seite hat es umgekehrt nicht an Solchen gefehlt, welche diesen Aeußerungen Einfluß auf die juristische Construction gestattet haben, und daher dem Manne nur Nießbrauch, oder doch auch der Frau Eigenthum, ein dominium naturale oder dormiens, haben zugestehen wollen. S. Glück XXV S. 127 fg., und dagegen namentlich v. Löhr Magaz. f. RW. u. Gesetzg. IV S. 57 fg.; dennoch wieder v. Tigerström I S. 202 fg. S. auch Vangerow I §. 218 Anm. 1, Sintenis §. 133 Anm. 2.

4 Die Verpflichtung des Mannes zur Herausgabe der Dos entsteht erst mit Auflösung der Ehe; aber der Grund zu derselben ist schon in dem Em-

§. 497.

Wie der Mann das ihm zur Dos Gegebene in jeder anderen Beziehung zu vollem Rechte hat[1], so steht ihm namentlich in Betreff desselben auch die Veräußerungsmacht zu[2]. Durch positive gesetzliche Vorschrift[3] ist ihm aber diese Macht für Grundstücke entzogen worden[4]; jedoch lediglich im Interesse der Frau, so daß das Veräußerungsverbot wegfällt, wenn durch besondere Vereinbarung der Rückfall der Dos an die Frau ausgeschlossen ist[5]. Im Uebrigen ist hier Veräußerung im weitesten Sinne zu nehmen: das Veräußerungsverbot ergreift nicht bloß die Uebertragung des Eigenthums, sondern auch jede andere Rechtsverminderung[6]; es ergreift nicht bloß Veräußerungen unter Lebenden, sondern auch letztwillige[7]; es ergreift endlich auch solche Veräußerungen, welche durch Nichtverhinderung eines fremden Erwerbes geschehen[8]. Andererseits bezieht das Verbot sich nur

---

pfang der Dos gelegt. Der Empfang der Dos ist diejenige Thatsache, kraft deren das Recht den Mann mit der Verpflichtung zur dereinstigen Herausgabe belastet. Auch dieses leugnet Bechmann S. 150; er bestreitet, daß die Restitutionsverbindlichkeit „dem Dotalbegriffe immanent" sei. Er meint, das Verhältniß sei hier ganz das gleiche, wie bei der Revocation der Schenkung wegen Undankbarkeit; wie nicht die Schenkung die Rückgabeverbindlichkeit begründe, sondern erst die Revocation, so nicht das Geben der Dos, sondern die Auflösung der Ehe. Mir scheint der Unterschied beider Fälle auf der Hand zu liegen. Gegen Bechmann s. Scheurl S. 30 fg.

§. 497. [1] L. 24 D. rer. amot. 25. 2, l. 3 §. 1 D. de Publ. 6. 2, l. 49 §. 1 D. de furt. 47. 2, l. 11 C. h. t.; l. 4 D. h. t.; l. 7 D. de fundo dot. 23. 5; l. 1 pr. eod.; l. §. 1 l. 2 eod.

[2] L. 61 §. 1 D. h. t., l. 3 C. h. t., l. 61 D. sol. matr. 24. 3.

[3] Durch die lex Iulia (von August) de adulteriis. Paul. S. R. II. 21b §. 2, Gai. II. 63, pr. I. quib. al. 2. 8, l. un. §. 15 C. de rei ux. act. 5. 13.

[4] Dig. 23. 5 Cod. 5. 23 de fundo dotali. Glück XXV S. 154—163. 391—421. Bachofen ausgewählte Lehren S. 89—118.

[5] L. 3 §. 1 D. h. t. 23. 5.: „Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit, aut omnimodo competitura est".

[6] L. 1 C. h. t., l. 4 D. h. t., l. un. §. 15 C. de rei ux. act. 5. 13, pr. I. quib. alien. 2. 8, l. 5. 6 D. h. t.

[7] L. 16 D. de test. mil. 29. 1. Vgl. l. 13 §. 4 D. h. t.

[8] L. 16 D. h. t. (vgl. Arndts §. 402 Anm. 2), l. 5. 6 D. h. t. (Unterholzner Verjährungslehre I §. 78). S. andererseits l. 1 pr. D. h. t.

auf freiwillige Veräußerungen[9]. — Die gegen das Verbot erfolgende Veräußerung ist nichtig, und diese Nichtigkeit wird auch durch die Einwilligung der Frau nicht gehoben[10]; diese Einwilligung müßte denn eidlich gegeben sein[11]. Die Nichtigkeit kann nach Anfall der Dos von der Frau und ihren Erben geltend gemacht werden[12]; aber auch während bestehender Ehe von dem Manne selbst[13]. Die Frau verliert das Recht, die Nichtigkeit der Veräußerung geltend zu machen, durch Genehmigung nach Anfall der Dos[14]. — Das Veräußerungsverbot dauert auch nach Auflösung der Ehe fort, so lange der Mann das Dotalgrundstück noch in Händen hat[15]. Umgekehrt gilt es auch für die Zeit vor der Ehe, wenn das Grundstück vorher übergeben wird[16].

§. 498.

Das Verhältniß der Frau zur Dos zeigt sich während bestehender Ehe hauptsächlich darin wirksam, daß die Frau das Recht hat, die Dos sofort zurückzufordern, wenn der Mann dieselbe verschleudert, oder wenn er in Vermögensverfall geräth. Jedoch wird dadurch die Bestimmung der Dos, für die Ausgaben der Ehe zu dienen, nicht aufgehoben, und es muß die fortdauernde Verwendung der Dos zu diesem Ende sichergestellt werden[1]. Ferner gilt, wenn zur Dos ein Grundstück gehört, die

---

9 L 1 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 78 §. 4 D. de I. D. 23. 3.

10 L. un. §. 15 C. de rei ux. act. 5. 13, pr. I. quib. alien. 2. 8. Ueber Nov. 61 s. Glück S. 412 fg.

11 C. 28 X. de iurei. 2. 24, c. 2 eod. in VI° 2. 11.

12 L. 13 §. 3 D. h. t.

13 S. I §. 172 a Note 2. Behält der Mann die Dos nach Beendigung der Ehe, so ist dadurch die Nichtigkeit der Veräußerung geheilt, l. 17 D. h. t., l. 42 D. de usurp. 41. 3.

14 Eine Genehmigung liegt auch in der Annahme einer ihr vom Manne letztwillig hinterlassenen Entschädigung, l. 77 §. 5 D. de leg. II° 31. Vgl. l. 13 §. 4 D. h. t.

15 L. 12 pr. D. h. t.

16 L. 4 D. h. t. „Lex Iulia . . plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit, quod de marito".

1 L. 22 §. 8 l. 24 pr. D. sol. matr. 24. 3, l. 29 l. 30 C. de I D. 5. 12, Nov. 97 c. 6; c. 7 X. de don. i. v. e. u. 4. 20. L. 22 §. 8 cit. ordnet Sequestration der Dos an. Vgl. Glück XXVII S. 244 fg., Francke Arch. f. §. 498.

Frau zum Zweck der Befreiung von Cautionen bereits bei währender Ehe als Grundbesitzerin[2].

β. Nach aufgelöster Ehe*.

aa. An wen ist die Dos herauszugeben?

§. 499.

Nach Auflösung der Ehe muß die Dos der Frau herausgegeben werden, oder wenn die Ehe durch ihren Tod aufgelöst wird, ihren Erben[1]. Auch dann treten an die Stelle der Frau

---

civ. Pr. XVII S. 459—464, Sintenis §. 133 Anm. 114—116, Vangerow I §. 218 Anm. 2 Nr. 1.

[2] L. 15 §. 3 D. qui satisd. 2. 8. — Daß der Frau der Entwehrungsanspruch zusteht, wenn die zur Dos gegebene Sache dem Manne entwehrt wird (l. 75 D. de I. D. 23. 3), ist nichts Besonderes, §. 391 Note 31. — Nicht hierher gehört, was man sonst noch anführt, daß die Frau Anspruch auf die Hälfte des vom Manne auf dem Dotalgrundstück gefundenen Schatzes habe (l. 7 §. 12 D. sol. matr. 24. 3). Diese Hälfte fällt an den Mann nach den Regeln des Eigenthums, muß aber von ihm bei Beendigung der Ehe herausgegeben werden, wie Alles, was nicht Frucht ist (§. 501). — Vgl. aber auch noch l. 21 §. 4 D. ad munic. 50. 1, und über eine hierher gehörige oder hierher bezogene Stelle aus dem Ed. Tiberii Iulii Alexandri Rudorff Rhein. Mus. für Philologie II S. 171 fg., Bachofen röm. Pfandr. S. 242 fg., Bechmann S. 111 fg.

* Dig. 24. 3 Cod. 5. 18 soluto matrimonio dos quemadmodum (quemadmodum dos) petatur. L. un. C. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita 5. 13. — Durch dieses letztere Gesetz hat Justinian das frühere Recht in mehrfacher Beziehung reformirt. Der formale Ausdruck seiner Reform ist dieser: es solle durch die Auflösung der Ehe nicht mehr, wie bis dahin, die actio rei uxoriae, sondern die actio ex stipulatu erzeugt werden, gleich als wäre wirklich eine Stipulation über die Rückgabe der Dos abgeschlossen worden; für diese neue actio ex stipulatu sollen aber nicht ausschließlich die Grundsätze der alten actio ex stipulatu (bei wirklich abgeschlossener Stipulation), sondern theilweise, so weit es nämlich der Vortheil der Frau erfordert, die der actio rei uxoriae maßgebend sein. Vgl. hierzu die Notiz bei Francke Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 436 Note 41.

§. 499. [1] L. un. cit. §. 6. Das ältere Recht schloß die Erben der Frau aus; wenn die Frau in der Ehe starb, so behielt die dos adventicia (§. 493 Note 2) der Mann, die dos profecticia fiel mit Abzug eines Fünftels für jedes Kind an den Geber zurück. Ulp. VI. 4, Vatr. fr. 108. Spuren des älteren Rechts

ihre Erben, wenn die Frau zwar die Auflösung der Ehe überlebt, aber vor Herausgabe der Dos stirbt[2]. — Insofern man aber annimmt, daß heutzutage eine verheirathete Frau noch unter väterlicher Gewalt stehen kann[3], hat das Gesagte folgende Modificationen zu erleiden. 1) Stirbt die noch in der Gewalt stehende Frau in der Ehe, so fällt die von dem Gewalthaber herrührende Dos an diesen zurück[4]. 2) Ueberlebt die Frau die Ehe, so er-

---

im Corpus Juris: a) l. 23 D. de evict. 21. 2, l. 78 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 20 D. de cond. inst. 28. 7, l. 15 D. de fundo dot. 23. 5, l. 5 D. de bon. damn. 48. 20; b) l. 6 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 78 §. 1 eod., l. 5 D. de divort. 24. 2, l. 10 pr. D. h. t. 24. 3, l. 4 C. h. t. 5. 18. Uebrigens ist der Rückfall der dos profecticia an den Geber auch im Justinianischen Rechte nicht ganz ausgeschlossen, s. darüber Note 4.

[2] L. un. cit. §. 4 Auch dieß war im älteren Recht anders. Ulp. VI. 7.

[3] S. §. 525 Note 20 Nr. 3.

[4] L. un. cit. §. 13. Justinian verordnet hier, daß der Frau die, nach §. 6 eod. vererbliche, actio ex stipulatu auch dann zustehen solle, wenn ein „extraneus" die Dos gegeben habe, und fügt sodann hinzu: „Extraneum autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem et in potestate dotatam personam habentem; parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus". Wird hier aber väterliche Gewalt bloß zur Zeit der Bestellung der Dos, oder auch zur Zeit der Auflösung der Ehe verlangt? Das Erste ist die Meinung von Vangerow I §. 220 Anm. 1 Nr. 2. aa, das Zweite die Meinung von Francke Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 438 fg. (welcher Schriftsteller sich übrigens nicht ganz deutlich ausdrückt). M. A. ist für das Zweite entscheidend §. 13 eod., nach welchem Emancipation der Tochter für das Schicksal der Dos die gleiche Bedeutung haben soll, wie der Tod des Gebers bei währender Ehe. — Merkwürdigerweise sind aber die zuvor erwähnten Worte von jeher ganz vernachlässigt worden, und so hat sich, indem man an den noch das alte Recht vortragenden Pandektenstellen (l. 5 D. de divort. 24. 2, l. 10 pr. l. 59 D. h. t. in Verbindung mit l. 5 §. 11 D. de I. D. 23. 3) festhielt, in der herrschenden Meinung der Satz festgesetzt, daß die dos profecticia an den Geber auch dann zurückfalle, wenn dieselbe für eine bereits zur Zeit der Bestellung emancipirte Tochter gegeben worden sei. S. hiergegen Francke a. a. O., welchem Vangerow a. a. O. (in der 6. u. 7. Auflage) folgt. Unter dem Einfluß dieser Meinung ist auch in einige Handschriften vor „habentem" ein „non" hineingekommen, welche Lesart einen ganz verkehrten Sinn gibt und den Basiliken widerspricht (Francke a. a. O. S. 439). — Durch das Gesagte verringert sich nun die Bedeutung der alten und schon zur Zeit der Glossatoren berühmten Streitfrage, ob Rückfall der dos profecticia an den Geber auch bei Vorhandensein von Kindern eintrete? Daß die verneinende Beantwortung dieser Frage sich theoretisch nicht rechtfertigen lasse, ist jetzt wohl

wirbt sie gemäß der Regel die von dem Gewalthaber herrührende Dos für diesen, während jede andere Dos adventicisches Vermögen wird [5]; in dem einen und dem andern Fall aber kann der Gewalthaber die Dos nicht ohne Consens der Frau einziehen, und wenn er vor der Frau stirbt, so fällt auch die von ihm herrührende Dos an die Frau, nicht an seine Erben [6].

bb. Was ist herauszugeben?

§. 500.

Herausgegeben werden muß im Allgemeinen, was als Dos empfangen worden ist; nach folgenden näheren Grundsätzen.

1. Nicht vertretbare Sachen sind in Natur herauszugeben, vertretbare in gleicher Quantität und Qualität [1].

---

allgemein anerkannt, s. namentlich Francke Arch. f. civ. Pr. XXVI. 14, außerdem Vangerow a. a. O. lit. bb (dessen Argumentation aber nicht richtig ist, wie Francke S. 425 fg. nachgewiesen hat,) während sie sich in der Praxis sehr festgesetzt hat. Vgl. Seuff. Arch. I. 350, V. 182. 183a. 183b, VI. 214.

[5] S. 516 Nr. 2 und 3. Arndts §. 405 Anm. 3.

[6] L. un. cit. §. 14; l. 2 §. 1— l. 4 l. 22 § 3—6. 9—11, l. 31 §. 2 l. 34 l. 66 §. 2 D. h. t., l. 34 §. 6 D. de sol. 46. 3, l. 25 pr. D. ratam rem 46. 8, l. 2 7 C. h. t. 5. 18, l. 8 pr. D de proc 3. 3; Ulp. VI. 6, Vat. fr. 116. 119. Vgl. Francke a. a. O. S. 417 fg., Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 392 fg., Bechmann S. 83 fg. (gegen den Letzteren mit Recht Scheurl S. 20 fg.).

§. 500. [1] L. 42 D. de I D. 23. 3. „Res in dotem datae, quae pondere numero mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, et quandoque soluto matrimonio eiusdem generis et quantitatis alias restituat vel ipse vel heres eius". Wenn es nichtsdestoweniger in l. 54 D. eod., l. 22 §. 13 i. f. D. h. t. heißt, daß das mit Dotalgeld Angeschaffte dotal werde, so kann das der l. 42 cit. gegenüber nicht den Sinn haben, daß der Mann sich nicht durch Herausgabe der empfangenen Geldsumme befreien könne; es kann nur den Sinn haben, daß, wenn die empfangene Geldsumme nicht herausgegeben werde, die Frau das mit Dotalgeld Angeschaffte in Anspruch nehmen könne. — Es ist schwer zu begreifen, wie man zwischen l. 54 und l. 22 §. 13 citt. einerseits und l. 12 C. de I. D. 5. 12 andererseits einen Widerspruch hat finden können. Die letztere Stelle sagt nichts, als daß die Frau an dem mit Dotalgeld Angeschafften durch die Anschaffung nicht Eigenthumerwerbe; aber sie behält der Frau ausdrücklich die dotis actio vor, ohne deren Inhalt näher zu bestimmen, also ohne zu sagen, daß ihr

2. Rechte sind entweder in Natur herauszugeben[2], oder in Dem, was durch sie erlangt worden ist[3]; Forderungen gegen den Rückempfänger durch Befreiung[4].

3. Befreiungen sind durch Wiederherstellung des betreffenden Rechts herauszugeben, Befreiungen von fälligen Forderungen durch Leistung des Forderungsgegenstandes[5].

4. [6]Hat der Mann das Herauszugebende nicht mehr oder nicht mehr in unversehrtem Zustande, so ist er zur Leistung des Interesse des Rückempfängers verpflichtet, wenn der Verlust durch seine Arglist oder durch eine Nachlässigkeit eingetreten ist, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt[7]. Ein speziell hierher gehöriger Fall[8] ist es, wenn der Mann eine

---

Inhalt ein anderer sei, als der sich aus den Pandektenstellen ergebende. Vgl. auch Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 131, Sintenis §. 133 Anm. 14, und im Uebrigen Glück VIII S. 169 fg.

2 Ein Nießbrauch kann, wenn das Eigenthum nicht beim Rückempfänger oder beim Manne ist, dem Rückempfänger selbst nur der Ausübung nach zurückgegeben werden; es kann aber auch der Rückempfänger verlangen, daß er dem fremden Eigenthümer herausgegeben werde. L. 66 D. de I. D. 23. 3, l. 78 §. 2 eod., l. 57 D. h. t. Glück XXV S. 1—12.

3 L. 44 §. 1 D. h. t., l. 48 §. 1 D. de I. D. 23. 3. Der Einziehung einer Forderung steht gleich Erlaß oder Novation, l. 66 §. 6 D. h. t., l. 49 D. de I. D. 23. 3, l. 35 eod.

4 L. 41 §. 4 D. h. t., l. 81 D. pro soc. 17. 2.

5 L. 78 pr. §. 1 D. de I. D. 23. 3, l. 57 D. h. t.; l. 43 §. 1 D. de I. D. 23. 3.

6 Vgl. zum Folgenden Hasse Culpa S. 420—453.

7 L. 18 §. 1 l. 25 §. 1 l. 66 pr. l. 67 D. h. t., l. 72 §. 1 D. de I. D. 23. 3; l. 24 §. 5 D. h. t., l. 17 pr. D. de I. D. 23. 3. Hasse a. a. O. S. 424—429. — Durch Vereinbarung kann natürlich die Verhaftung des Mannes gesteigert werden. Als einen dahin gehörigen Fall pflegt man auch den Fall der aestimatio venditionis gratia (§. 494 Note 11) zu bezeichnen; mit Unrecht, da hier der wirkliche Gegenstand der Dos Geld ist. Eher gehört der Fall hierher, wo ausgemacht wird, daß entweder das als Dos Gegebene oder die vereinbarte Geldsumme zurückgegeben werden müsse (§. 494 Note 11 a. E.). — Eine Schätzungssumme kann aber beim Geben der Dos auch bloß zu dem Ende hinzugefügt werden, um die Größe des zu leistenden Ersatzes festzustellen, für den Fall daß nach den gewöhnlichen Regeln Ersatz geleistet werden müßte, s. g. aestimatio taxationis gratia. L. 21 C. de I. D. 5. 12, l. 69 §. 7 D. eod. 23. 3, l. 50 D. h. t.

8 Vgl. über denselben Hasse S. 433 fg., v. Meyerfeld Rhein. Mus.

Dotalforderung nicht zur rechten Zeit eingezogen, und dadurch deren Verlust herbeigeführt hat[9]. Auch im Fall der Veräußerung ist der Mann zur Interesseleistung verpflichtet, bei Grundstücken unbedingt, bei beweglichen Sachen, wenn die Veräußerung ohne die Zustimmung der Frau erfolgt ist[10].

VII. 5 (1835), Hoffmann in Fuhr und Hoffmann civil. Versuche Nr. 3 S. 37 fg. (1835).

[9] L. 56 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 33 l. 41 §. 3 l. 49 D. eod., l. 20 §. 2 D. de pact. dot. 23. 4. Alle Verantwortlichkeit fällt für den Mann weg, wenn der Rückempfänger selbst der Schuldner ist, l. 30 §. 1 l. 66 §. 7 D. h. t., l. 41 §. 4 D. de I. D. 23. 3; außerdem soll es dem Manne nicht als Verschulden angerechnet werden, wenn er den Vater der Frau, oder denjenigen, welcher sich aus bloßer Liberalität gegen die Frau zum Schuldner gemacht hat, nicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gedrängt hat, l. 33 D. de I. D. 23. 3. — Es findet sich die Behauptung (Meyerfeld a. a. O. S. 123 fg., Hoffmann a. a. O. S. 46 fg., v. Salpius Novation u. Delegation S. 110 fg., Puchta §. 420. l, Arndts §. 406 Anm. 4. b, Vangerow §. 218 Anm. 1 [dieser jedoch mit einer Unterscheidung], — dawider Hasse S. 436 fg.), daß der Mann für eine ihm durch Delegation verschaffte Forderung auch dann Ersatz leisten müsse, wenn der Schuldner bereits zur Zeit der Dotal bestellung zahlungsunfähig gewesen sei, er müßte sich denn dagegen verwahrt haben, daß er die Forderung als gute annehme. Diese Behauptung, welche das richtige Sachverhältniß geradezu umkehrt, hängt mit dem allgemeineren in §. 412 Note 17 bezeichneten Irrthum zusammen, daß das römische Recht die durch Delegation verschaffte Forderung dem Delegatar als baares Geld anrechne. Speziell für die Dos wird diese Meinung widerlegt durch l. 41 §. 3 D. de I. D. 23. 3 („periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuit", — welche Worte freilich Meyerfeld S. 134 dahin erklären will, daß die Wissenschaft des Mannes „präsumirt oder vielmehr fingirt" werde!), und einen Gegenbeweis enthalten auch nicht l. 46 pr. l. 53 D. de I. D. 23. 3, l. 6 D. de pact. dot. 23. 4. Meyerfeld glaubt, daß in diesen Stellen ein „arg. a contrario fortissimum" enthalten sei; dasselbe würde aber, was speziell die l. 6 cit. angeht, zu dem Resultate führen, daß die Dos der Regel nach auf Gefahr des Mannes stehe, vv. *ut sit dos periculo mulieris*. S. auch l. 71 D. de I. D. 23. 3 (Meyerfeld S. 117).

[10] Grundstücke kann der Mann nicht veräußern (§. 497); bewegliche Sachen kann er veräußern, aber er soll sie nicht veräußern, wenn ihm nicht die Erlaubniß dazu durch den Besteller oder die Frau ertheilt worden ist, was natürlich auch stillschweigend geschehen kann. L. 50 D. h. t., l. 32 D. de I. D. 23. 3, l. 32 pr. D. de pact. dot. 23. 4. Vgl. auch l. 61 l. 64 pr. §. 5 D. h. t., l. 14 §. 2 D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10, und dazu Francke Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 14. 15.

5. Der Gegenstand der Dos kann möglicherweise während bestehender Ehe verändert werden: entweder durch Vertrag, welcher Vertrag aber ungültig ist, wenn er der Frau zum Nachtheil gereicht[11], oder nach rechtlicher Nothwendigkeit[12].

§. 501.

Mit dem Kapital der Dos muß das aus demselben Gewonnene herausgegeben werden, soweit es nicht Frucht ist[1]. Die Früchte dagegen behält der Mann[2]. Wenn aber näher gefragt wird: welche Früchte?[3], so ist das Entscheidende nicht die Thatsache der Perception[4], sondern es gebührt dem Manne für jedes Jahr, während dessen er die Dos in Händen gehabt hat[5], ein voller Jahresertrag[6], von dem Fruchtertrag des letzten unvoll-

11 L. 25. 26. 27 D. de I. D. 23. 3, l. 32 eod., l. 21 l. 29 pr. D. de pact. dot. 23. 4. Vgl. l. 7 §. 5 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

12 Z. B. in Folge einer vom Miteigenthümer erhobenen Theilungsklage, l. 78 §. 4 D. de I. D. 23. 3; in Folge der Entwehrung, l. 16 l. 52 D. de I. D. 23. 3.

1 So der dem Eigenthum anwachsende Nießbrauch, die Anschwemmung, die Eigenthumshälfte des auf dem Dotalgrundstück gefundenen Schatzes, die Windbrüche, (der partus ancillae, das vom Dotalsclaven nicht ex re mariti oder ex operis suis Erworbene). L. 4 l. 10 §. 1. 2 l. 32 l. 65 D. de I. D. 23. 3, l. 7 §. 12 l. 31 §. 4 D. h. t., l. un. §. 9 C. de rei ux. act. 5. 13. §. 501.

2 L. 7 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 20 C. eod. 5. 12, l. 5 l. 7 §. 9—12 l. 8 pr. D. h. t., l. 18 pr. D. de fundo dot. 23. 5, l. 10 §. 3 D. de I. D. 23. 3, l. un. §. 7. 9 C. de rei ux. act. 5. 13. Vgl. I §. 203 und Glück XXV S. 106 fg. Die vor der Ehe gezogenen Früchte vermehren das Kapital der Dos, l. 6 l. 31 §. 4 D. h. t., l. 7 §. 1 l. 47 D. de I. D. 23. 3.

3 Schrader de divisione fructuum dotis commentatio (1825). Glück XXVII S. 272—329 (1825). Hasse de variis eorum sententiis, qui in explananda l. 7 §. 1 D. soluto matrimonio vulgatam interpretationem reliquerunt (1827). Ders. Rhein. Museum II S. 1—41 (1828). Francke Arch. f. civ. Pr. XXX. 10 (1847). Brinckmann das. XXXVI. 15 (1853, unvollendet). Vangerow I §. 220 Anm. 2, Böcking Pand. III §. 14 Note 8, Arndts §. 407 Anm., Sintenis §. 133 Anm. 73.

4 L. 7 §. 9 D. h. t.: — „fructus toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus".

5 Die Dos als Dos, also während bestehender Ehe. L. 5. 6 D. h. t.

6 Vollzieht sich der Fruchtertrag in kleineren oder größeren Zeiträumen, so werden nicht Dotaljahre, sondern die betreffenden Zeiträume gerechnet, l. 7 §. 6—8 D. h. t.

ständigen Dotaljahres[7] aber ein Antheil, welcher der Zeit entspricht, während deren in diesem Jahre die Ehe bestanden hat[8].

---

[7] Dieses letzte unvollständige Dotaljahr kann möglicherweise auch das erste sein, wenn nämlich der Mann die Dos kein volles Jahr in Händen gehabt hat. L. 7 pr. §. 1. 2 D. h. t.

[8] L. 5—7 D. h. t., l. un. §. 9 D. de rei ux. act. 5. 13. Dieß gilt nicht minder von den juristischen, wie von den natürlichen Früchten, l. 7 §. 8. 10. 11. D. h. t. Wie ist es aber, wenn in das letzte Dotaljahr zugleich eine natürliche Fruchtperception und ein Ertrag juristischer Früchte fällt, z. B. das Dotalgrundstück wird nach gemachter Ernte verpachtet? Es liegt auf der Hand, daß der Theil des Pachtgeldes, welcher noch während der Ehe verfällt, den Fruchtertrag nicht dieses, sondern des folgenden Jahres repräsentirt, und daß daher dem Mann von demselben kein Antheil gebührt. Nichtsdestoweniger entscheidet entgegengesetzt Papinian in l. 7 §. 1 D. h. t. „Papinianus autem l. XI. Quaest. divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex Kalendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Ianuarii suprema die facto divortio retinere virum et vindemiae fructus et eius anni quo divortium factum est quartam partem mercedis aequum est; alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Ianuarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro reliquatur". Da das Princip der Rechnung im Uebrigen hinlänglich feststeht, so glaube ich nicht, daß die falsche Anwendung, welche in dieser Stelle von demselben gemacht wird, für uns bindend ist. — Freilich steht diese Auffassung der Stelle durchaus vereinzelt da; alle übrigen Schriftsteller erkennen die Entscheidung Papinian's als maßgebend an. Während aber Einige bei dem Wortsinn derselben stehen bleiben, und sie, so verstanden, in verschiedener Weise zu rechtfertigen suchen (Hasse, dem sich später auch Schrader Tüb. krit. Zeitschr. VI S. 219 fg. angeschlossen hat, Francke, Puchta Vorles. zu §. 421), haben Andere es versucht, sie umzudeuten. a. Die Stelle soll dem Manne 1/3 zusprechen nicht von der ganzen Weinlese und einem Viertel des jährlichen Pachtzinses, sondern von einem durch Berücksichtigung der Weinlese für das eine Jahr, und des Pachtzinses für das andere Jahr zu findenden mittleren Jahresertrag; so namentlich Schrader l. c., dem dann Glück und viele Andere (s. Glück S. 317) gefolgt sind, und schon vor ihm, aber mit einer andern Art der Berechnung Fr. Connanus comm. iur. civ. VIII. 10 n° 8, vgl. auch noch Arnold comm. ad leg. 7 §. 1 D. sol. matr. Berl. 1859 p. 6 sqq. (Vangerow S. 413). b. Die Stelle soll dem Manne 1/3 zusprechen, welches aus der Weinlese und einem Viertel des jährlichen Pachtzinses in der Weise zu finden sei, daß ihn dieses Viertel ganz, von der Weinlese aber nur 1/12 zugesprochen werde; so namentlich, nach dem Vor-

cc. Zeit der Zurückgabe.

§. 502.

Unbewegliche Sachen sind sofort nach Auflösung der Ehe zurückzugeben, bewegliche und unkörperliche nach einem Jahre [1]. Jedoch gebühren die Einkünfte auch dieses Jahres nicht dem Manne, sondern dem Rückempfänger [2]. Was bewegliche Sachen angeht, welche keine Einkünfte gewähren, so zahlt der Mann nach Ablauf des bezeichneten Jahres 4 % Zinsen von der Schätzungssumme [3].

Vor Auflösung der Ehe kann die Dos ausnahmsweise in dem in §. 498 bezeichneten Fall zurückgefordert werden. Freiwillige Herausgabe der Dos vor Auflösung der Ehe [4] ist Schenkung, und daher nach den Grundsätzen von der Schenkung zwischen Ehegatten für den Mann unverbindlich [5]. Aber auch für die Frau

---

gange von Duarenus disput. I. 60, Vangerow, ferner Böcking, Sintenis, Rudorff Grundr. S. 342. Was nun zuvörderst diese letztere Meinung angeht, so glaube ich, auch wenn man davon absehen will, wie viel sie in die Stelle hineinträgt, mit Arndts, daß sie widerlegt ist durch die Frage: $1/3$ wovon? Die Meinung von Connanus und Schrader ist, als mit den Worten zu schwer vereinbar, jetzt wohl allgemein aufgegeben. Die Versuche aber, welche von Hasse, Francke und Anderen (s. ob.) zur Rechtfertigung der nach dem Wortsinn verstandenen Entscheidung des Papinian gemacht worden sind, kann ich nicht für gelungen halten.

1 L. un. §. 7 C. de rei ux. act. 5. 13. Früher hieß es: nicht vertretbare Sachen sofort, vertretbare in drei Jahresterminen. Ulp. VI. 8. §. 502.

2 So sind zu verstehen die Schlußworte der l. un. §. 7 cit.: — „similique modo pensionibus vel vecturis navium sive iumentorum, vel operis servorum, vel quaestu civilium annonarum, et aliis quae sunt eis similia, parti mulieris restituendis", — wegen l. un. §. 9 eod. Vgl. Glück XXVII S. 271, Sintenis §. 133 Anm. 10.

3 L. un. §. 7 cit.

4 Vgl. zum Folgenden: Glück XXVII S. 234 fg. 246 fg., Hasse Zeitschr. f. gesch. RW. V. 9 (1823), Francke Arch. f. civ. Pr. XVII. 16, XVIII. 1 (1834. 1835).

5 L. 28 D. de pact. dot. 23. 4, l. un. C. si dos const. matr. 5. 19, Nov. 22 c. 39. Francke XVIII S. 9 hält es, mit Rücksicht auf l. 15 §. 1— l. 17 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (§. 509 Note 27), für etwas Besonderes, daß mit der Dos auch ihre Früchte zurückgefordert werden können, l. un. C. cit., Nov. 22 c. 39. Aber die Früchte sind hier Gegenstand der Schenkung. —

ist die Annahme der Herausgabe unverbindlich, d. h. die Frau kann, wenn sie zur Zeit der Auflösung der Ehe die Dos nicht mehr hat, sie noch einmal fordern[6]. Der eine und der andere Satz aber unterliegt gewissen Ausnahmen[7].

dd. Natur des Anspruchs auf Herausgabe.

§. 503.

Auf Herausgabe der Dos geht:

1) ein persönlicher Anspruch[1], welcher unter freiem richterlichen Ermessen steht[2], und durch eine gesetzliche und privilegirte Hypothek am gesammten Vermögen des Mannes gesichert ist[3].

Etwas wirklich Besonderes enthält dagegen Nov. 22 c. 39 in der Vorschrift, daß das Rückforderungsrecht nicht bloß dem Manne, sondern auch seinen Erben zustehen soll. Vgl. §. 509 Nr. 4.

6 Wahrscheinlich nach einer Vorschrift der l. Iulia und Papia Poppaea. Francke XVIII S. 14. L. 27 §. 1 D. de relig. 11. 7, l. 1 §. 5 D. de dote prael. 33. 4, l. un. C. si dos const. matr. 5. 19, Nov. 22 c. 39. Eine ganz besondere (mit dem §. 496 Note 4 Bemerkten zusammenhängende) Auffassung bei Bechmann S. 165 fg.

7 Diese Ausnahmen galten ursprünglich nicht für beide Sätze, sondern nur für den zweiten, und erst durch die Compilatoren sind sie, wohl in Folge eines Mißverständnisses, auf den ersten übertragen worden, wie dieß die Vergleichung von l. un C. si dos const. matr., welche in Nov. 22 c. 39 nur wiederholt ist, mit l. 3 §. 1 C. Th. de dot. 3. 13 ergibt. Die Ausnahmen selbst stehen in l. 73 §. 1 D. de I. D. 23. 3, l. 20 D. h. t., und sind folgende: wenn der Mann der Frau die Dos zurückgibt a) zur Bezahlung von Schulden oder zum Ankauf von Grundstücken (s. auch l. 85 D. de I. D. 23. 3) b) damit sie für ihre Bedürfnisse selbst sorge; c) zum Zweck der Alimentation armer Angehörigen oder des Loskaufs derselben aus der Gefangenschaft, — und wenn entweder die Verwendung zu diesen Zwecken wirklich erfolgt ist, oder doch der Mann annehmen durfte, daß sie erfolgen werde (l. 73 §. 1 cit.: „non perditurae uxori"). S. Francke S. 16 fg., Hasse S. 318 fg., Glück S. 248 fg., Leist civ. Studien II S. 199 fg.; Puchta §. 420. o, Arndts §. 404 a. E., Vangerow I §. 218 Anm. 2 Nr. 2, Sintenis §. 133 Anm. 123.

§. 503. 1 Die alte actio rei uxoriae, die Justinianische actio ex stipulatu (§. 499 Note *). Rechtshistorisches über die actio rei uxoriae bei Dernburg Compensation S. 99 fg., Bechmann S. 47 fg.

2 L. un. §. 2 C. de rei ux. act. 5. 13.

3 S. über das Nähere I §. 232 Nr. 6, §. 246 Nr. 2, und dazu jetzt noch Dernburg Pfandr. II S. 443 fg.

2) Außerdem kann die Frau auch die noch vorhandenen Dotalsachen sofort als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen[4]. Unter vorhandenen Dotalsachen[5] sind solche zu verstehen, welche noch im Vermögen des Mannes vorhanden sind, so daß also die gültig veräußerten[6] von dem Eigenthumsanspruch nicht ergriffen werden[7]. Andererseits fallen unter den Eigenthumsanspruch auch

[4] Nach der Vorschrift Justinian's in l. 30 C. de I. D. 5. 12; s. auch Nov. 91 c. 1. Der Gedanke, von welchem die l. 30 cit. ausgeht, ist folgender: es ist nicht erträglich, daß der Anspruch der Frau auf Herausgabe ihrer vorhandenen Dotalsachen durch die Gläubiger des Mannes, welche an diesen Sachen eine Hypothek haben, sollte vereitelt werden können. Deßwegen gibt Justinian der Frau in Betreff dieser Sachen die doppelte Befugniß: entweder sie ihrerseits mit einer actio hypothecaria, welche jeder andern vorgehen soll, abzufordern, oder aber sie sofort als ihr Eigenthum in Anspruch zu nehmen, da diese Sachen ja „naturaliter" und abgesehen von der „legum subtilitas" immer im Eigenthum der Frau geblieben seien (§. 496 Note 3). — Jedoch ist es nicht allgemein anerkannt, daß dieß wirklich der Inhalt des Gesetzes sei. Andere sind der Meinung, daß Justinian in demselben der Frau nur eine Hypothek gegeben habe (s. namentlich v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzgeb. IV S. 70—76, Arch. f. civ. Pr. V S. 295 u. X S. 268 Note 7), oder umgekehrt nur einen Eigenthumsanspruch (Dernburg Pfandr. I S. 383). Ueber die Ansicht Ihering's, nach welcher die der Frau gewährte utilis rei vindicatio nur eine andere vortheilhaftere Form für ihren persönlichen Anspruch gegen den Mann sein soll, s. I §. 174 Note 6; dawider jetzt auch Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 356 fg.

[5] Im Gesetze Justinian's heißt es: „si tamen exstant".

[6] Dieß können natürlich der Regel nach nur bewegliche Sachen sein (§. 497).

[7] Für diese Auslegung des Ausdruckes exstare s. l. 6 §. 3 C. de sec. nupt. 5. 9, auch l. 12 §. 1 C. qui pot. 8. 18. Andere (Unterholzner Verjährungslehre I §. 80, Schirmer das. Anm. 271[a], v. Buchholtz jur. Abhandlungen S. 181) verstehen unter res exstantes Sachen, die noch körperlich vorhanden sind, und allerdings wird der Ausdruck auch in diesem Sinne in den Quellen gebraucht, s. z. B. l. 50 D. h. t. 24. 3. Mit Sicherheit wird wohl nie ausgemacht werden können, welchen Sinn dieser Ausdruck in l. 30 cit. wirklich habe. Für die hier angenommene Auslegung (welche vertreten wird von Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. I S. 584 Anm. 14, Puchta Erlang. Jahrb. III S. 42. 43, Arndts §. 411) spricht, daß sonst der Zusatz: si tamen exstant denn doch gar zu nichtssagend sein würde; ferner die citirte l. 12 §. 1 C. qui pot. 8. 18, wo offenbar der Frau ein Pfandprivilegium nur für den Fall gegeben werden soll, daß sie nicht bereits durch ihr Recht an den res exstantes geschützt sein sollte, zu den res „quae non exstant" aber außer den „consumtae" auch die „dissipatae" gerechnet werden, — und auf welchen

diejenigen Sachen, welche gegen eine Taxe in der Weise zur Dos gegeben worden sind, daß den eigentlichen Dotalgegenstand die Schätzungssumme bilden soll, — diese Sachen jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Schätzungssumme nicht gezahlt wird[8]. Ebenso können Sachen, welche mit Dotalgeld angeschafft worden sind, nur dann vindicirt werden, wenn die Kaufsumme nicht gezahlt wird[9]. —

---

anderen Fall könnte der Ausdruck res dissipatae in diesem Gegensatz gehen, als auf den Fall, wo der Mann die Dotalsachen in Geld umgesetzt, und das Geld verschwendet hat? Das beste Argument für die entgegengesetzte Auslegung ist, daß der Frau jedenfalls die actio hypothecaria gegen den dritten Erwerber nicht versagt werden kann, dieser actio aber von Justinian die utilis rei vindicatio im Uebrigen ganz gleichgestellt wird. — Eine mittlere Meinung bei Sintenis §. 133 Anm. 12: die Frau soll den Eigenthumsanspruch gegen den dritten Erwerber dann haben, wenn (die Veräußerung ohne ihren Consens geschehen, und) der Mann insolvent sei. Für diese Meinung spricht die Tendenz des Gesetzes und l. 7 D. de fundo dot. 23. 5; von der anderen Seite: der Gesetzgeber kann sich doch unter res exstantes nur Eines gedacht haben, entweder im Vermögen des Mannes befindliche, oder körperlich existirende Sachen, und einen Unterschied macht er nicht. S. noch die folgende Note.

8 Das Gesetz sagt ausdrücklich, daß seine Bestimmung auch gelten solle für res aestimatae. Darunter nur res taxationis gratia aestimatae zu verstehen (Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 343 fg., s. auch Arndts §. 411 Anm. a. E.), ist willkührlich: und welche Veranlassung hätte das Gesetz gehabt, seine Geltung für diese Sachen ausdrücklich einzuschärfen? Von der anderen Seite läßt sich nicht annehmen, daß das Gesetz dem durch den Vertrag der Parteien festgestellten Dotalgegenstand einen andern habe substituiren wollen: daraus ergibt sich die im Text bezeichnete Beschränkung. — Es wird also hier in das Gesetz etwas hineingetragen, was es nicht ausspricht. Man wird nicht sagen dürfen, daß sich durch eine ähnliche Hineintragung auch die am Schlusse der vorigen Note abgelehnte Meinung rechtfertigen lasse. Diese letztere Hineintragung müßte so lauten: die Frau soll einen Eigenthumsanspruch an den noch im Vermögen des Mannes befindlichen Dotalsachen haben, für den Fall der Insolvenz des Mannes aber auch an den veräußerten. Die hier gemachte Hineintragung lautet so: die Frau soll einen Eigenthumsanspruch an den im Vermögen des Mannes befindlichen (Dotal-) Sachen haben, für den Fall aber, daß ihre Forderung nicht auf eben diese Sachen gehen sollte, nur dann, wenn ihre Forderung nicht befriedigt wird. Der Unterschied scheint mir auf der Hand zu liegen.

9 Der Grund ist der gleiche, wie in dem vorigen Fall: weil auch hier die angeschaffte Sache nicht den eigentlichen Gegenstand der Dos bildet (§. 500 Note 1).

Dritte Besitzer können dem Anspruch der Frau keine Verjährung entgegensetzen, welche abgelaufen ist, bevor die Dos an die Frau zurückgefallen ist [10]. —

Ueber die gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe der Dos zustehende Rechtswohlthat des Nothbedarfs s. §. 267 Nr. 8.

ee. Beweis *.

§. 504.

Der Beweis des Empfanges einer Dos kann durch die Heirathsurkunde nicht ohne Weiteres geführt werden. Gegen eine in derselben enthaltene Erklärung, daß Etwas als Dos gegeben worden sei, kann der Mann sich in gleicher Weise vertheidigen, wie gegen das Bekenntniß des Empfanges eines Darlehns (§. 372): also durch Rückfordern der Urkunde, durch Ableugnung des Empfanges gegenüber der Rückforderung der Dos, durch schriftlichen Protest [1]. Nur die Fristen sind hier anders be-

---

[10] L. 30 cit. — „Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem sive per viginti annorum curricula, sive per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore maiore vel minore sit introducta: ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possunt actiones movere, i. e. opulentis quidem maritis constitutis post dissolutum matrimonium, minus autem idoneis, ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit". Vgl. I §. 109 Note 7, §. 182 Note 13.

* S. namentlich Gneist formelle Verträge S. 32—50, wo auch die frühere Literatur berücksichtigt ist. Aus der Zeit nachher: Bähr Anerkennung S. 320 fg., Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 267 fg., H. Witte Bereicherungsklagen S. 214 fg., Sintenis II §. 96 Anm. 30, III §. 133 Anm. 6. §. 504.

[1] L. 3 C. de dote cauta non numerata 5. 15, Nov. 100. Dem Manne steht zu die querela (Nov. 100) non numeratae pecuniae, non numeratae dotis (l. 14 §. 4 i. f. C. de non num. pec. 4. 30). Die in § 372 für die querela non numeratae pecuniae angegebenen Grundsätze gelten auch hier (zu Nr. 3 das. vgl. l. 4 C. de dot. prom. 5. 11). — Die querela non numeratae dotis steht dem Manne zu nur gegenüber der Heirathsurkunde (pacta dotalia, pacta nuptialia), nicht gegenüber einem sonstigen Empfangsbekenntniß. Sowohl l. 3 C. cit., als Nov. 100, denken sich die Erklärung, daß eine Dos gegeben worden sei, als ausgehend nicht von dem Manne, sondern dem Besteller. S. namentlich Gneist S. 42 fg. Auch unter l. 14 C. de non num. pec. 4. 30 fällt das nicht in der Heirathsurkunde enthaltene Bekenntniß über den Empfang einer Dos nicht. Wenn l. 3 C. de dote cauta non num. nicht geradezu ein

stimmt: der Mann hat dieses Recht, wenn die Ehe zwei Jahre oder weniger bestanden hat, nach Auflösung der Ehe noch ein Jahr; wenn die Ehe mehr als zwei, aber weniger als zehn Jahre bestanden hat, noch drei Monate; wenn die Ehe mehr als zehn Jahre bestanden hat, so hat der Mann das bezeichnete Recht gar nicht mehr[2]. Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit kann der Mann auf keinen Fall länger begehren, als binnen zwölf Jahren nach Abschluß der Ehe; die Erben des minderjährigen Mannes haben Ein Jahr; Erben, welche ihrerseits minderjährig sind, fünf Jahre[2]. — Die von dem Manne nach der Errichtung der Heirathsurkunde über den Empfang der darin bezeichneten Dos ausgestellte Quittung beweist voll gegen denselben[3].

ff. Gegenansprüche *.

§. 505.

Ein Gegenanspruch steht dem Manne zu wegen nothwendiger Verwendungen[1]: dieselben mindern den Betrag der Dos[2], und

---

Bestandtheil der l. 14 cit. gewesen ist, so war sie doch nur um einen einzigen Monat älter: wie ist es da denkbar, daß das letztere Gesetz über den Gegenstand des ersteren eine anderweitige Bestimmung habe treffen wollen, ohne dasselbe nur zu erwähnen? Um so mehr, da in demselben ausdrücklich bestimmt ist, daß gegen eine Quittung über den Empfang einer Dos, welche nach der Heirathsurkunde ausgestellt worden sei, die exc. non num. pec. nicht stattfinden solle. — Die besonderen bei §. 372 Note 15 bemerkten Auffassungen von Bähr und Schlesinger beziehen sich auch auf die querela non numeratae dotis.

2 Diese Vorschriften sind enthalten in Nov. 100. Vgl. dazu die bei Gneist S. 33 Note 1 Genannten.

3 L. 14 §. 4 C. de non num. pec. 4. 30. Vgl. Glück XXV S. 254 Note 3.

§. 505. * Valett theoretisch-praktische Abhandlungen Nr. 1 (1824). Glück XXVII S. 374—454; Sintenis III S. 60—62.

1 Ueber den Begriff s. l. 1 § 1 — l. 4 pr. D. de impensis in res dotales factis 25. 1, l. 79 pr. D. de V. S. 50. 16; aber auch Note 5. Vgl. I §. 195 Note 2.

2 Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt. L. 5 D. de impens. 25. 1, l. 61 D. de R. N. 23. 2, l. 5 §. 2 D. de pact. dot. 23. 4, l. 1 §. 4 l. 5 D. de dote prael. 33. 4, l. un. §. 5 C. de rei ux. act. 5. 13, §. 37 I. de act.

daher kann der Mann sie abziehen, wenn er eine Geldleistung zu machen hat[3], sonst das Herauszugebende innebehalten, bis er für sie befriedigt worden ist[4]. Dieß gilt jedoch nur von den auf die Dotalsachen selbst, nicht von den auf die Fruchtziehung gemachten Verwendungen[5], und auch von den ersteren dann nicht, wenn sie nothwendig waren, um die Sachen in einem gebrauchs- und ertragsfähigen Zustand zu erhalten[6]. Wegen nützlicher Verwendungen[7] hat der Mann zwar ein Rückforderungsrecht, kann dasselbe aber nicht als Gegenanspruch gegen den Anspruch auf Herausgabe der Dos geltend machen[8]. Wegen Verwendungen, welche auch nicht nützlich sind, steht dem Manne nur ein Wegnahmerecht zu[9]. [10]

---

4. 6. Die Minderung bezieht sich aber nur auf den Gesammtbetrag der Dos, nicht auf die einzelnen Sachen, auf welche die Verwendungen gemacht worden sind, l. 5 pr. D. de impens. 25. 1, l. 1 §. 4 D. de dote prael. 33. 4, l. 56 §. 3 D. de I. D. 23. 3. Doch gab es in der römischen Jurisprudenz auch eine ältere Auffassung, welche das Gegentheil annahm, und von dieser finden sich noch Spuren in l. 56 §. 3 cit.; vgl. auch einerseits l. 4 §. 5 D. de pec. 15. 1, andererseits l. 6. 8 D. de pec. leg. 33. 8. Consequenzen aus dem bezeichneten Satze (abgesehen von der von Justinian daraus gezogenen in Note 8): l. 5 D. de dote prael. 33. 4, l. 1 §. 5 D. de dot. coll. 37. 7, l. 5 §. 2 D. de pact. dot. 23. 4. Literatur: Glück XXVII S. 396 fg., Dernburg Compensation S. 107 fg., M. S. Mayer Interpretatio l. 56 §. 3 D. de I. D. 23. 3 (1859), und was den ursprünglichen Grund des Satzes angeht: Ihering Geist des röm. R. III S. 68.

[3] L. 5 pr. D. de impens. 25. 1. „Ubi ergo admittimus, deminutionem dotis ipso iure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia; nam in pecunia ratio admittit, deminutionem fieri“.

[4] Der Mann hat „retentionem“. Ulp. VI. 9. 14. 15, §. 37 I. de act. 4. 6, l. 56 §. 3 D. de I. D. 23. 3.

[5] L. 16 D. de impens. 25. 1, l. 7 pr. D. sol. matr. 24. 3.

[6] L. 7 §. 16 D. sol. matr. 24. 3, l. 12 l. 15 D. de impens. 25. 1.

[7] Näher: wegen solcher Verwendungen, die, ohne nothwendig zu sein, im Interesse der Frau lagen. L. 5 §. 3 l. 6 l. 8. 10 l. 14 §. 1 D. de impens. 25. 1, l. 79 §. 1 D. de V. S. 50. 16, l. un. §. 5 C. de rei ux. act. 5. 13. Vgl. I §. 195 Note 6. 7.

[8] Ursprünglich hatte der Mann auch wegen dieser Verwendungen „retentionem“. Ulp. V. 9. 16. Justinian hat, wie alle retentiones ex dote, so auch die retentio propter impensas aufgehoben, und nur wegen impensae necessariae auf Grund des Satzes, daß sie „minuunt dotis quantitatem“, ein Retentionsrecht bestehen lassen. L un. §. 5 C. de rei ux. act. 5. 13.

d. Dotalverträge*.

§. 506.

Wenn die Parteien über das Schicksal der Dos, für die Zeit während des Bestehens der Ehe oder für die Zeit nach Auflösung derselben, vertragsmäßige Bestimmungen getroffen haben, so sind, die Gültigkeit des Vertrags vorausgesetzt[1], diese, und nicht die bisher entwickelten gesetzlichen Regeln, maßgebend[2]. Die Parteien können aber nicht Alles ausmachen, was ihnen beliebt; hierfür gelten folgende Grundsätze.

1. Wer für die Frau eine Dos gibt, kann bei der Bestellung über die Dos bestimmen, was er will[3]; nach der Bestellung dagegen kann er ohne Consens der Frau keine derselben nachtheilige Bestimmung mehr treffen[4]. Auch bei der Bestellung

---

9 L. 7 pr. l. 9 l. 11 pr. l. 14 §. 2 D. de impens. 25. 1, l. un. §. 13 C. cit. Vgl. I §. 195 Note 12.

10 Nach älterem römischen Rechte konnte der Mann auch seine Ansprüche aus einer der Frau gemachten Schenkung und aus einer von derselben begangenen Entwendung (actio rerum amotarum) als Gegenanspruch gegen den Anspruch auf Herausgabe der Dos retentionsweise geltend machen. Ulp. VI. 9. Justinian hat auch diese retentiones aufgehoben, l. un. §. 5 cit. Die von Justinian in demselben Gesetz gleichfalls aufgehobenen retentiones propter liberos und propter mores (Ulp. VI. 10—12) waren schon vorher gegenstandslos geworden (§. 510).

§. 506. * Dig 23. 4 de pactis dotalibus. Cod. 5. 14 de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis. — Glück XXVII S. 330—374. Mit Recht nennt Bechmann diese Lehre eine „dornenvolle"; sie ist noch nicht gehörig bearbeitet.

1 Vertrag zu Gunsten eines Dritten: römisches Recht, l. 54 D. sol. matr. 24. 3, l. 7 C. h. t., l. 9. 23 D. h. t., l. 26 §. 4 l. 29 §. 2 D. l. 4 C. h. t.; heutiges Recht: §. 316 zu Note 15 fg.

2 Wenn speziell der Geber der Dos sich den Rückfall derselben an sich selbst bedungen hat, so heißt die Dos nach Ulp. VI. 5 dos recepticia. L. 9 l. 23 D. l. 1 C. h. t., l. 29 D. sol. matr. 24. 3, l. 6 C. de I. D. 5. 12, l. un. §. 13 C. de rei ux. act. 5. 13.

3 L. 20 §. 1 D. h. t. „Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci et ignorante muliere sicuti et stipulari potest; legem enim suae rei dicit". Das gleiche Princip gilt für den Vater und den väterlichen Ascendenten, l. 7 D. h. t.

4 L. 7 cit. (Note 3): — „si vero post datam pacisci velit, utriusque

hat nicht unbedingt freie Hand der Vater oder väterliche Ascendent, welcher eine Dos geben muß; derselbe kann: a) für den Fall, wo die Dos an die Frau fällt, nichts derselben Nachtheiliges ohne deren Consens bestimmen[5]; b) er kann nicht bestimmen, daß die Dos den Erben des Mannes bleiben soll, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst wird[6].

2. Die Frau, welche selbst eine Dos gibt, kann auch bei der Bestellung[6a] keine ihr nachtheilige Bestimmung zu Gunsten des Mannes treffen[7], mit Ausnahme der Bestimmung, daß der Mann im Falle des Vorhandenseins von Kindern die Dos behalten solle', wenn die Ehe durch ihren Tod oder durch Scheidung aufgelöst werde[8].

---

persona in paciscendo necessaria est, quoniam iam acquisita mulieri dos tum esset". L. 20 §. 1 cit., l. 28 D. de I. D. 23. 3, l. 7 C. eod. 5. 12, l. 29 pr. D. sol. matr. 24. 3. — In l. 29 pr. i. f. D. sol. matr. 24. 3 heißt es vom Vater der Frau: „Plane si ante nuptias dotem dederit, poterit ex intervallo, ante nuptias tamen, et citra voluntatem quoque filiae stipulari". Dieß hat seinen Grund in der nach römischem Recht dem Vater zustehenden Macht, das Zustandekommen der Ehe zu verhindern (vgl. l. 5 §. 14 D. de I. D. 23. 3), und kann daher heutzutage auf gemeinrechtliche Geltung keinen Anspruch machen.

5 L. 19 D. h. t. (Bestimmung, daß die Dos zu einem späteren als dem gesetzlichen Termin zurückgegeben werden solle). In dieser Stelle ist ohne Zweifel statt: „*et* interveniente" zu lesen: „*aut* interveniente". L. 14—16 eod. — L. 40 D. sol. matr. 24. 3? Eine Erklärung dieser Stelle von seinem Standpunkt (§. 496 Note 4) gibt **Bechmann** S. 159.

6 L. 3 C. h. t. „Quamvis pater tuus, cum te nuptui collocaret, pactus sit, ut, si maritus tuus superstitibus filiis communibus in matrimonio decessisset, pars dotis liberorum nomine retineatur, eiusmodi tamen conventio, quominus actionem integrae dotis habeas, proficere non potest". L. 2 D. h. t.: — „non esse servandum pactum contra dotem, cum mariti mortalitas intervenit". L. 6 C. h. t. (zu welcher, damit sie nicht mißverstanden werde, zu vergleichen sind l. 29 pr. D. sol. matr. 24. 3, l. 6 C. de I. D. 5. 12, l. un. §. 14 C. de rei ux. act. 5. 13). S. noch l. 16 i. f. D. h. t., l. 26 pr. — §. 2 l. 12 pr. eod.

6a Viel weniger nach Eingehung der Ehe. L. 18 l. 29 pr. D. h. t., §. 500 Note 11.

7 L. 17 D. h. t. (Bestimmung, daß die Dos später zurückgegeben werden solle). L. 14—16 eod.

8 L. 1 §. 1 D. de dote prael. 33. 4; l. 16 i. f. D. h. t. Vgl. l. 24 D. h. t.

3. Es kann nicht ausgemacht werden, daß der Mann die Früchte der ihm übergebenen Dos nicht beziehen solle[9], es müßte denn zugleich ausgemacht werden, daß die Frau selbst für ihren Unterhalt zu sorgen habe[10]. Wohl kann ausgemacht werden, daß der Mann die Früchte theilweise nicht beziehen solle[11]; doch fällt dieser Vertrag, wenn er während bestehender Ehe abgeschlossen wird, unter das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten[12].

4. Es kann nicht ausgemacht werden, daß der Mann keinen Gegenanspruch wegen nothwendiger Verwendungen haben[13], und daß ihm nicht die Rechtswohlthat der Lebensnothdurft zustehen solle[14]; andererseits auch nicht, daß er von der Verhaftung für Nachlässigkeit frei sein solle[15]. —

Wenn in Folge des Ehevertrages die Dos an den Mann fällt, so erwirbt er, wenn Kinder vorhanden sind, an dem Ganzen derselben nur den Nießbrauch, während er das Eigenthum mit den Kindern theilt[16].

---

[9] L. 4 D. h. t. In einer solchen Bestimmung liegt ein Widerspruch gegen die Erklärung, daß der Mann eine Dos haben solle. Bei diesem Widerspruch wird die positive Erklärung aufrecht erhalten, nicht die negative. — Anders wenn dem Manne die Dos bloß versprochen worden ist. In diesem Falle wird ein Vertrag aufrecht erhalten, durch welchen dem Manne das Recht auf Einforderung des Kapitals ganz oder theilweise genommen wird. L. 12 §. 1 l. 20 §. 2 l. 32 §. 1 D. h. t., l. 20 (vgl. l. 76) D. de I. D. 23. 3. Jedoch soll auch in diesem Falle eine freiere Interpretation zu Gunsten der Dos erlaubt sein, l. 11 D. h. t. Francke Arch. f. civ. Pr. XVII S. 465—470.

[10] L. 4 i. f. D. h. t.

[11] L. 28 l. 31 D. h. t. L. 28 cit.: — „eoque modo minorem dotem constitutam".

[12] L. 28 cit. i. f.

[13] L. 5 §. 2 D. h. t.: — „quia tales impensae dotem ipso iure minuunt". Vgl. übrigens Mayer (cit. §. 505 Note 2) p. 5 sqq.

[14] S. §. 490 Note 7.

[15] L. 6 D. h. t.

[16] Nov. 98 c. 1, 127 c. 3.

2. Von dem freien Vermögen der Frau.

§. 507.

Alles Vermögen der Frau, welches dieselbe dem Manne nicht, ausdrücklich oder stillschweigend, zur Dos gegeben hat, ist ihr freies Vermögen (Paraphernalvermögen)[1]. Der Mann hat an diesem Vermögen keine anderen Rechte, als diejenigen, welche die Frau ihm einräumen will[2]. Gibt die Frau dieses Vermögen in die Verwaltung des Mannes[3], so haftet derselbe nur für relative Sorgfalt, und die Frau hat zur Sicherheit ihrer Ansprüche gegen ihn ein gesetzliches Pfandrecht an seinem gesammten Vermögen[4].

---

1 Παράφερνα, parapherna. L. 8 C. de pact. conv. 5. 14. Es kommt auch die Redeweise dare in parapherna vor, l. 9 §. 3 D. de I. 23. 3, l. 11 C. de pact. conv. 5. 14. Ein anderer Ausdruck, welchen die Quellen gebrauchen, ist peculium. L. 9 §. 3 cit.: „quae Galli peculium appellant"; l. 31 §. 1 D. de don 39. 5. Res extra dotem constitutae: l. 95 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 29 C. de I. D. 5. 12. — In Deutschland hat man den Ausdruck bona paraphernalia zur Bezeichnung desjenigen Vermögens der Frau verwendet, welches zwar nicht Dos ist, aber nach gesetzlicher Regel des Particularrechts der Verwaltung und dem Nießbrauch des Mannes unterliegt (§. 491 Note 2); das diesen Befugnissen des Mannes durch ausdrückliche Disposition entzogene Vermögen der Frau wird dann als bona recepticia unterschieden. Glück XXV S. 273. §. 507.

2 L. 8 C. de pact. conv. 5. 14. L. 9 §. 3 D. de I. D. 23. 3 spricht davon, daß dieses Vermögen dem Manne sogar zu Eigenthum übergeben werden könne; der Frau steht dann nach Auflösung der Ehe eine condictio sine causa zu.

3 D. h. mit der ausdrücklichen Erklärung, daß dieses Vermögen nicht Dos sein, sondern der Mann es als freies Vermögen der Frau verwalten solle. Vgl. §. 494 Note 13.

4 L. 11 C. de pact. conv. 5. 14. In dieser Stelle ist speziell nur von Kapitalvermögen (nomina) die Rede; aber s. I §. 232 Note 12. Die Stelle enthält noch die fernere Bestimmung, daß der Mann die Zinsen der ihm übergebenen Kapitalien zu Ehezwecken („circa se et uxorem") solle verwenden dürfen. Ich halte diese Bestimmung für in dieser Form heutzutage unanwendbar. Uebergibt die Frau dem Manne ihr Kapital- oder sonstiges Vermögen ohne weitere Bestimmung, so ist anzunehmen, daß sie ihm dasselbe zur Dos habe geben wollen (§. 494 Note 13), und der Mann bezieht dann allerdings für sich die Einkünfte dieses Vermögens, aber nicht als Verwalter. Hat die Frau aber ausdrücklich erklärt, daß der Mann nur Verwalter sein solle, so liegt m. A. ein anderer Fall vor, als der in l. 11 cit. vorausgesetzte.

3. Von der Eheschenkung*.

§. 508.

In der nachconstantinischen Zeit war es bei den Römern Sitte, daß von Seiten des Mannes der Frau eine Gegengabe gegen die Dos[1] bestellt wurde, mit der Bestimmung, daß diese Gegengabe nach Auflösung der Ehe an die Frau unter gewissen Voraussetzungen, und namentlich für den Fall ihres Ueberlebens, ganz oder theilweise fallen solle, während zugleich ausgemacht wurde, daß unter der entgegengesetzten Voraussetzung, namentlich also im Falle des Ueberlebens des Mannes, dieser die Dos ganz oder theilweise behalten solle[2]. Nach der Bestimmung K. Leo's müssen die von Dos und Eheschenkung gegenseitig zugesicherten Quoten gleich sein[3], nach der Bestimmung Justinian's auch Dos und Eheschenkung selbst[4]. Sind Kinder aus der Ehe vorhanden, so erhält die Frau an dem Ganzen der Eheschenkung nur Nieß-

---

§. 508. * Cod. 5. 3 de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis. — Glück XXV S. 274—329 (1824). Burchardi Arch. f. civ. Pr. IX. 10 (1826). Warnkönig das. XIII. 1 (1830). v. Löhr das. XV. 20, XVI. 1 (1832. 1833). Francke das. XXVI. 4 (1843). v. Löhr das. XXX. 11 (1847).

1 L. 20 C. h. t.: — quia quasi antipherna haec possunt intelligi". Und ferner: — „ut non simplices donationes intelligantur, sed propter dotem et propter nuptias factae". Daher der neulateinische Ausdruck: contrados, antidos. Die römische Bezeichnung war früher donatio ante nuptias, bis Justinian mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Bestellung einer Eheschenkung auch während bestehender Ehe (l. 19. 20 C. h. t.) die Bezeichnung donatio propter nuptias vorschrieb. L. 20 cit., §. 3 I. de don. 2. 7. — Dafür, daß eine solche Schenkung regelmäßig vorkam: l. 19 C. h. t. („*interdum* accidit, ante nuptias quidem donationem nullam esse, solam vero dotem marito mulierem obtulisse").

2 L. 9. 10 C. de pact. conv. 5. 14, l. 19. 20 C h. t., Nov. 22 c. 20 pr., 97 c. 1. — Uebrigens ist das im Text über die Bedeutung der donatio propter nuptias Gesagte bei Weitem nicht allgemein anerkannt. Vielmehr gehen die Meinungen hier sehr auseinander, wie das bei dem Zustand unserer Quellen, welche mehr voraussetzen, als aussprechen, nicht anders möglich ist. Vgl. die Uebersicht bei Francke S. 67 fg., dazu aber auch den zweiten Aufsatz von Löhr. Vangerow I §. 222 Anm.

3 L. 9. 10 C. de pact. conv. 5. 14, Nov. 22 c. 20 pr.

4 Nov. 97 c. 1. 2.

brauch, wogegen sie das Eigenthum mit ihren Kindern theilt[5]. Während bestehender Ehe ist die Eheschenkung in den Händen des Mannes, nicht bloß factisch[6], sondern auch rechtlich[7]; doch darf er die unbeweglichen Sachen derselben nicht veräußern[8], und der Anspruch der Frau auf eventuelle Herausgabe ist durch eine gesetzliche Hypothek an seinem ganzen Vermögen gesichert[9]. Für den Vater des Mannes besteht eine gleiche Verpflichtung zur Bestellung einer Eheschenkung, wie für den Vater der Frau eine Verpflichtung zur Bestellung einer Dos[10]. Den besonderen Vorschriften für die Schenkung unterliegt die Eheschenkung nicht[11]. — In Deutschland ist der Satz, daß der Dos nothwendigerweise eine an Größe gleiche Eheschenkung entsprechen müsse, nicht praktisch geworden; damit fällt auch die Verpflichtung des Vaters zur Bestellung einer Eheschenkung weg[12]. Im Uebrigen kommt

---

[5] In gleicher Weise wie der Mann, wenn die Dos an ihn fällt (§. 506 Note 16). Nov. 98 c. 1, 127 c. 3.

[6] Nur wenn der Mann in Vermögensverfall geräth, kann die Frau, wie die Dos (§. 498), auch die Eheschenkung einfordern, muß aber dann ihren Ertrag zu Ehezwecken verwenden. L. 29 C. de I. D. 5. 12.

[7] A. M. Löhr XV S. 459. 460, welcher aber das beste Argument für seine Ansicht: daß die Frau nach l. 5 C. de sec. nupt. 5. 9 dem Manne die Eheschenkung als Dos zurückzugeben pflegte, nicht nennt. Wie es sich auch hiermit verhalten mag, so wird der im Text aufgestellte Satz unwiderleglich durch Nov. 61 bewiesen, welche das Verbot der Veräußerung von Dotalgrundstücken auf die Eheschenkung ausgedehnt hat.

[8] Nov. 61. Durch die Zustimmung der Frau wird die Veräußerung nur dann gültig, wenn dieselbe nach zwei Jahren wiederholt wird, und es zugleich an anderweitigem Vermögen des Mannes zur Befriedigung der Frau nicht fehlt. Nov. 61 c. 1 §. 2. 3.

[9] L. 12 §. 2 C. qui pot. 8. 18, Nov. 109 c. 1. Vgl. I §. 232 Note 13. — Die Frau hat auch, wie bei der Dos, neben der actio hypothecaria eine utilis rei vindicatio. Nov. 61 c. 1 §. 1 und Auth. Permissa est zu l. 20 C. h. t.

[10] L. 7 C. de dot. prom. 5. 11.

[11] Nov. 119 c. 1. „Sponsaliciam largitatem contractum specialem esse et iudicari, et non aliis donationibus eam connumerari, per praesentem sancimus legem: quoniam pro ea aequalitas dotis offertur". Im Besonderen: die Eheschenkung kann auch während bestehender Ehe gemacht werden, l. 19. 20 C. h. t., §. 3 I. de don. 2. 7; ihre Gültigkeit hängt bei keinem Betrage von der Insinuation ab, Nov. 119 c. 1 vgl. Nov. 127 c. 2.

[12] Seuff. Arch. XII. 275.

es auch heutzutage vor, daß von Seiten des Mannes der Frau etwas als Gegengabe gegen das von ihr Zugebrachte für den Fall ihres Ueberlebens ausgesetzt wird[13], und es ist kein Grund vorhanden, warum nicht auf eine solche Aussetzung, wenn Vertrag oder Particularrecht nicht entgegenstehen, die Grundsätze des römischen Rechts von der Eheschenkung angewendet werden sollten[14].

4. Von den Schenkungen zwischen Ehegatten*.

§. 509.

Ehegatten können sich einander nicht gültig schenken[1].

1. Ungültig ist nur die eigentliche Schenkung, und nur die Schenkung im engeren Sinn (§. 365); d. h. nur diejenige Zuwendung, welche, wie einerseits eine Vermehrung des Vermögens des Empfängers, so andererseits eine Verminderung des Vermögens des Gebers enthält[2]. Daher liegt namentlich[3] keine

---

[13] Es ist dieß ein so nahe liegender Gedanke, daß es ihm ganz an Verwirklichung zu keiner Zeit und an keinem Orte fehlen wird. In Deutschland hat man für solche Aussetzungen die Ausdrücke: Widerlage, Gegengeld, Gegengift, Gegenvermächtniß, Contrados gebraucht.

[14] Glück XXV S. 308 fg., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 393. Die herrschende Meinung betrachtet die römische Lehre von der donatio propter nuptias einfach als unanwendbar. So auch Sintenis §. 132 Anm. 3. Canonisches Recht: c. 5. 6. 8 X. de don. i. v. e. u. 4. 20, c. 15 X. de foro comp. 2. 2. Glück S. 311. Ortloff, Heimbach u. Vermehren jur. Abhandlungen II S. 3 fg. — Unter den Particularrechten geht am Weitesten in der Anerkennung des römischen Rechts das Bayer. Landr. I. 6 §. 14.

§. 509. * Dig. 24. 1 de donationibus inter virum et uxorem. Cod. 5. 16 de donationibus inter virum et uxorem *cet.* — Glück XXV S. 422 fg., XXVI S. 1 fg. Savigny System IV §. 162—164. v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XVI 9. Francke das. XVIII S. 1—7. Sintenis III §. 135.

[1] Diesen Satz führen die Römer auf altes Gewohnheitsrecht zurück. „Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent“. L. 1 D. h. t. Als Grund wird angegeben: Schutz gegen eigene Schwäche und gegen habsüchtige Ausbeutung von Seiten des Andern, auch Rücksicht auf den Ruf der Ehegatten („ne concordia pretio conciliari videretur“). L. 1—l. 3 pr. D. h. t. Ueber die Zeit der Entstehung dieses Rechtssatzes vgl. Francke a. a. O. S. 1 fg.

[2] L. 5 §. 8 D. h. t. — „Hoc autem ex eo venit, quod definiri solet,

ungültige Schenkung: in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, wenn auch nur einer natürlichen[4], und daher im Besonderen nicht in der Bestreitung der Bedürfnisse der Frau durch den Mann[5]; in der Hingabe zu einer Verwendung, durch welche die durch die Hingabe bewirkte Vermögensvermehrung wieder aufgehoben wird[6]; in dem Verzicht auf einen Erwerb[7]. Auch die

---

eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem, et accipientem facit locupletiorem". L. 25 eod.: — „nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit". L. 5 §. 16 eod. — Auf den Inhalt der Vermögenszuwendung kommt es, mit den zu Note 8 und 9 bezeichneten Ausnahmen, hier so wenig an, wie bei der Schenkung überhaupt, obgleich der Hauptfall natürlich auch hier der ist, wo durch Eigenthumsverschaffung geschenkt wird. Aber s. z. B. l. 3 §. 10 l. 52 §. 1 D. h. t. (Verschaffung eines Forderungsrechts); l. 3 §. 10 l. 5 §. 1 l. 31 §. 4. 5 l. 32 §. 26 D. h. t. (Erlaß einer Schuld); l. 46 D. h. t. (Verschaffung des bloßen Besitzes, vgl. §. 365 Note 9); l. 31 §. 10 D. h. t. (Erhaltung einer Sache, vgl. Note 9). Ferner ist es auch hier gleichgültig, ob die Schenkung eine mittelbare oder eine unmittelbare ist (§. 365 Note 15—17). S. z. B. l. 5 §. 6 D. h. t. (Nichtunterbrechung einer Verjährung, vgl. l. 44 D. h. t. und dazu §. 365 Note 5 und 15); l. 5 §. 7 D. h. t. (Nichtgebrauch einer Einrede); l. 3 §. 9. 12. 13 l. 4 l. 5 § 2. 3. 4 l. 7 §. 7 l. 39 l. 50 pr. l. 56 D. h. t., l. 5 pr. l. 11 §. 2. 6. 7. 8 eod. (Schenkung durch einen Andern oder in der Person eines Andern). Schenkung unter der Hülle eines lästigen Geschäfts: l. 5 §. 5 l. 7 §. 6 l. 32 §. 25 D. l. 20 C. h. t., l. 32 §. 24 D. h. t.; l. 5 §. 5 l. 31 §. 3 l. 32 §. 26 D. h. t., l. 7 §. 5 eod.; l. 52 pr. eod.

[3] Vgl. §. 365 Note 3.

[4] Vgl. § 288 Note 8, §. 289 Note 4. 5. 10.

[5] „Non enim donat, qui necessariis oneribus succurrit", l. 21 pr. §. 1 D. h. t. L. 28 §. 6. 7 l. 31 §. 8 D. l. 11 C. h. t., vgl. l. 15 pr. D. eod., l. 33 eod. Vgl. Seuff. Arch. XII 167.

[6] L. 49 D. h. t., l. 5 §. 9 D. de I. D. 23. 3 (Schenkung mit der Auflage des Weitergebens); l. 7 §. 8. 9 l. 8 l. 9 pr. D. l. 22 C. h. t. (Schenkung eines Sclaven mit der Auflage der Freilassung); l. 5 §. 8—12 D. h. t. (Schenkung mit der Bestimmung, daß das Geschenkte res divini iuris oder res publica werden solle); l. 7 §. 1 D. h. t. (Schenkung zum Zweck des Ankaufs einer zum Verzehren bestimmten Sache, einer „res mortua", vgl. l. 31 §. 9 D. h. t.). Anders, wenn der Zweck, zu welchem geschenkt worden ist, die Bereicherung des Empfängers nicht aufhebt, l. 13 §. 2 D. h. t., l. 59 eod. (die Dos fällt an die Frau zurück).

[7] L. 5 §. 13. 14 l. 31 §. 7 D. h. t. Ueber den Fall des Verzichtes auf die Nutzung eines Vermögensstückes s. §. 365 Note 6 und die daselbst citirten Stellen.

Schenkung im engeren Sinne ist nicht ungültig, wenn sie nur in der Gestattung des Gebrauchs von Sachen oder Diensten besteht, wie sie die Folge des ehelichen Zusammenlebens ist[8], oder nur in der Ersparung einer Ausgabe[9]. Ferner sind gültig: die herkömmlichen Gelegenheitsgeschenke[10]; die Schenkung der Frau an den Mann, um ihm die Erlangung einer Ehrenstelle oder einer sonstigen Auszeichnung zu ermöglichen[11]; die Schenkung zum Zweck des Wiederaufbaues eines Gebäudes[12]; die Schenkung zwischen dem Landesherrn und seiner Gemahlin[13].

2. Ungültig ist die Schenkung zwischen Ehegatten, d. h. diejenige Schenkung, welche zwischen Ehegatten wirksam werden soll; daher weder die Schenkung vor der Ehe[14], wenn nicht ihre Wirksamkeit auf die Zeit der Ehe hinausgeschoben wird[15], noch die Schenkung nach der Ehe[16], noch auch die Schenkung während der Ehe in dem Falle, wo ihre Wirksamkeit auf die Zeit nach der Ehe hinausgeschoben wird[17]. — Ungültigkeit der Ehe schließt zwar

[8] L. 28 §. 2 D. h. t. „Si quas servi operas viri uxori praestiterint, vel contra, magis placuit, nullam habendam earum rationem. Et sane non amare, nec tamquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam timentes". L. 18 l. 31 §. 1 D. h. t. Allerdings liegt in einer solchen Gestattung nicht ohne Weiteres eine Schenkung (§. 365 Note 2); aber s. l. 31 §. 1 cit. (Note 23). Der gewährte Gebrauch kann jedoch gegen die von dem Gebrauchenden aufgewendeten Erhaltungskosten aufgerechnet werden, l. 31 §. 10 l. 58 §. 1 D. h. t.

[9] L. 5 §. 8 D. h. t. (§. 365 Note 14). Vgl. l. 5 §. 17 eod. Ueber l. 31 §. 10 und l. 50 §. 1 D. h. t. s. §. 365 Note 14.

[10] Vorausgesetzt natürlich, daß sich unter ihnen nicht eine anderweitige Schenkung versteckt. L. 31 §. 8 D. h. t.

[11] L. 40—42 D. h. t. Insofern hier das Hingegebene zum Wiederweggeben gegeben wird, ist schon deßwegen die Zuwendung gültig, und diesen Gesichtspunkt hebt l. 21 C. h. t. hervor, vgl. auch l. 5 §. 17 D. h. t. Aber es ist nach l. 40—42 citt. nicht zu bezweifeln, daß die Schenkung durch den gedachten Zweck auch dann gültig gemacht wird, wenn zum Behalten gegeben worden ist. Vgl. Savigny S. 179. Die heutige Anwendbarkeit des Satzes leugnet das Erk. bei Seuff. Arch. XVII. 251.

[12] L. 14 D. h. t.

[13] L. 26 D. h. t. — S. noch §. 502 Note 7, §. 508 Note 11.

[14] L. 5 pr. l. 27 l. 36 §. 1 l. 66 D. h. t., l. 23 C. eod.

[15] L. 32 §. 22 D. h. t.

[16] L. 35 C. h. t. — Schenkung zwischen zwei Ehen: l. 64 D. h. t.

[17] Daher ist namentlich gültig die Schenkung auf Todesfall, „quia in

an und für sich die Ungültigkeit der Schenkung aus[18], nicht aber unbedingt das Rückforderungsrecht des Schenkers[19]. — In gleicher Weise, wie die Schenkung zwischen den Ehegatten selbst, ist auch die Schenkung zwischen dem Vater des Mannes, welcher den Mann in der Gewalt hat, und der Frau, und, wenn man annehmen will, daß auch heutzutage noch eine verheirathete Frau unter Gewalt stehen könne, zwischen dem Vater der Frau, welcher die Frau in der Gewalt hat, und dem Manne, so wie zwischen den beiderseitigen Vätern, welche Mann und Frau in der Gewalt haben, ungültig[20].

---

hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt". L. 9 §. 2 l. 10 D. h. t. Der Beschenkte wird aber erst Eigenthümer mit dem Tode des Schenkenden, auch wenn die Absicht des Schenkenden auf sofortige Eigenthumsverschaffung gerichtet war (§. 369 Note 3); nur hat in diesem letzteren Fall der Tod des Schenkenden rückwirkende Kraft, l. 11 pr. — §. 9 l. 20 D. h. t, l. 40 D. de m. c. don. 39. 6. Durch die Scheidung verliert die Schenkung auf Todesfall ihren Bestand, l. 11 §. 10 eod. — Ferner ist gültig die Schenkung auf den Fall der Scheidung, „quae tamen sub ipso divortii tempore, non quae ex cogitatione quandoque futuri divortii fiant". L. 11 §. 11 — l. 13 pr. l. 60—62 pr. D. h. t. Unter demselben Gesichtspunkt (vgl. l. 5 §. 1. de bon. damn. 48. 20, l. 1 C. de repud. 5. 17) wird in den Quellen auch die Schenkung deportationis oder exilii causa für gültig erklärt, l. 13 §. 1 l. 43 D. h. t.

18 L. 3 §. 1 D. h. t.: — „si aliquod . . impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit". L. 7 C. h. t: — „licet ipso iure donatio tenuerit".

19 Man unterscheide: a) wenn der Schenker die Ehe irrigerweise für gültig gehalten hat, so kann er zurückfordern wegen Ermangelung der Voraussetzung, unter welcher er geschenkt hat, l. 32 §. 27 D. h. t. (vgl. Windscheid Voraussetzung S. 109 fg.). b) Hat der Schenker die Ungültigkeit der Ehe gekannt, so kann er in dem Falle zurückfordern (vgl. l. 65 D. h. t.), wo der Ehe ein eigentliches Eheverbot entgegensteht, und den Empfänger, nicht aber ihn selbst, in Betreff der Verletzung desselben ein Vorwurf trifft, — „ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt", l. 3 §. 1 D. h. t., l. 7 C. eod. (vgl. l. 108 D. de leg. I. 30). c) Trifft auch den Schenkenden ein Vorwurf, so steht das Rückforderungsrecht dem Fiscus zu, l. 32 §. 28 D. h. t.

20 Das römische Recht stellt den Satz auf, daß für die Schenkungen zwischen Ehegatten mit den Ehegatten als Eine Person gerechnet werden soll, wer einen Ehegatten in seiner Gewalt hat, oder in dessen Gewalt steht, oder mit demselben in der Gewalt der nämlichen dritten Person steht. Ein kürzerer Ausdruck für denselben Satz ist: es soll nicht aus der familia des einen Ehegatten in die familia des andern geschenkt werden. L. 3 §. 2—8 l. 26

3. Die Ungültigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten ist Nichtigkeit[21], und zwar auch in dem Falle, wo die Schenkung durch das Geben oder Empfangen einer dritten Person vollzogen wird[22]. Nur dann, wenn die Schenkung durch Nichtverhinderung eines Erwerbes bewirkt wird, tritt der Erwerb wirklich ein, und der Beschenkte haftet bloß obligatorisch auf Herausgabe des Geschenkten[23]. Auch dann findet obligatorische Verhaftung statt, wenn die Schenkung in dem Bewirken einer bloßen Thatsache liegt[24], in welchem Falle natürlich von Nichtigkeit keine Rede sein kann[25]. — Hat der Beschenkte das Geschenkte nicht mehr, so haftet er nur auf dasjenige, warum sein Vermögen durch dasselbe

---

§. 1 l. 32 §. 16. 19. 20. 21 l. 53 pr. l. 60 pr. D. h. t., l. 4. 5 C. h. t. Was die Anwendbarkeit dieses Satzes im heutigen Recht angeht, so kommt, auch abgesehen von der Frage, ob heutzutage eine verheirathete Frau noch unter Gewalt stehen kann (s. darüber §. 525 Note 20 Nr. 3), in Betracht, daß bereits nach Justinianischem Recht die Schenkung an den Sohn des Mannes, der in dessen Gewalt steht, so wie an den Bruder des Mannes, welcher mit ihm unter der Gewalt derselben Person steht (bez. an den Bruder der Frau unter der gleichen Voraussetzung) nicht mehr ungültig ist; denn das Geschenkte wird peculium adventicium, und das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten bewirkt nur, daß der Vater auch den sonst an dem pec. adventicium ihm zustehenden Nießbrauch nicht erwirbt. Vgl. Savigny S. 171. 172, Sintenis III S. 68.

[21] L. 3 §. 10. 11 l. 5 §. 1. 18 l. 3 pr. §. 2 l. 36 pr. l. 38 §. 1 l. 48 l. 52 §. 1 D. h. t., vgl. l. 31 §. 3 eod.

[22] L. 3 §. 12. 13 l. 4 l. 5 §. 3. 4 l. 39 l. 56 D. h. t. Vgl. §. 367 Note 8, auch I §. 172 Note 16.

[23] L. 5 §. 6. 7 D. h. t. — Zu dem im Text genannten Fall ist jedoch noch der der Verarbeitung einer eigenen Sache zu Gunsten des andern Ehegatten mit Arbeitskräften, welche diesem gehören, hinzuzufügen; auch in diesem Fall soll der beschenkte Ehegatte Eigenthümer werden, und nur obligatorisch auf Herausgabe des Werthes der verarbeiteten Sache haften, — während, wenn die Verarbeitung mit den eigenen Arbeitskräften des Specificanten erfolgt, der Regel gemäß gar kein Eigenthumserwerb für den Beschenkten eintritt. L. 31 pr. §. 1 D. h t. — Die römische Form des obligatorischen Anspruchs ist condictio sine causa, s. l. 5 §. 6. 7 citt., l. 6 D. h. t., l. un. C. de rei ux. act. 5. 13, und vgl. §. 423 Note 1.

[24] Wie z. B. in der Verschaffung des Besitzes, in der Erhaltung oder Werthsteigerung einer Sache. L. 46 l. 31 §. 10 D. h. t., vgl. §. 421 Note 4.

[25] — „quoniam res facti infirmari iure civili non potest", l. 1 §. 4 D. de acq. poss. 41. 2.

indirect noch jetzt vermehrt ist[26]. — Die von dem Geschenkten gezogenen Früchte brauchen nicht mit herausgegeben zu werden[27], wohl dagegen der sonst auf Grund des Geschenkten gemachte Erwerb[28].

4. Die Ungültigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten wird dadurch gehoben[29], daß der Schenker stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben[30]; die Schenkung gilt dann als im Augenblicke des Todes wiederholt, und demnach für die Zeit nach dem Tode gemacht[31]. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß weder Scheidung eingetreten[32], noch der Beschenkte vor dem Schenker gestorben sei[33]. Die Heilung der Ungültigkeit hat rückwirkende Kraft[34]. [35]

---

26 L. 28 pr. §. 3 l. 57 i. f. D. h. t.; l. 5 §. 17. 18 l. 6 l. 7 pr. l. 31 §. 9 D. l. 8. 17 C. h. t.; l. 16 D. h. t.; l. 7 §. 3. 4 l. 28 §. 3. 4 l. 29 pr. l. 50 §. 1 l. 55 l. 58 §. 2 D. l. 9 C. h. t., vgl. l. 67 D. h. t.; l. 29 §. 1 l. 30 D. h. t. Darüber, daß für das „Consumirte" kein Ersatz gegeben zu werden brauche, enthielt der unter der folgenden Nummer zu nennende Senatsschluß eine ausdrückliche Bestimmung, l. 32 §. 9 D. h. t., und es scheint, daß erst durch diese Bestimmung jener Satz zur Anerkennung gelangt ist, s. l. 37 D. h. t., l. 14 D. ad exh. 10. 4. Vgl. Savigny S. 63—69. Haben die Ehegatten sich gegenseitig geschenkt, so tritt im Fall der Scheidung Compensation des Verzehrten mit dem Vorhandenen ein. L. 7 §. 2 l. 32 §. 9 D. h. t. — Die Klage auf die zurückgebliebene Bereicherung ist ebenfalls eine condictio. Zuweilen wird aber auch eine utilis rei vindicatio gegeben: l. 55 l. 30 D. h. t., l. 1 §. 5 C. de rei ux. act. 5. 13, vgl. I §. 174 Note 6 und dazu Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 344—346. 351, Voigt cond. ob causam S. 798. 802—804.

27 L. 15 §. 1 l. 16 l. 17 pr. D. h. t. Es ist dieß eine Milderung ähnlicher Art, wie die, daß Ersparung einer Ausgabe nicht als Schenkung gelten soll (Note 9). Vgl. §. 365 Note 6.

28 Die Quellen nennen partus ancillae und Sclavenerwerb, l. 28 §. 5 l. 17 §. 1 D. h. t. Auch der durch Ersitzung der geschenkten fremden Sache gemachte Eigenthumserwerb gehört hierher, vgl. l. 13 D. de m. c. don. 39. 6.

29 Nach einem Senatsschluß aus der Regierung der Kaiser Severus und Caracalla 206 n. Chr. L. 32 pr. D. h. t., l. 23 eod., l. 3. 10 C. h. t.

30 Welcher Widerruf aber kein ausdrücklicher zu sein braucht. L. 32 §. 2. 3. 4. 5. 15 D. h. t., l. 12. 15. 18 C. h. t.

31 L. 32 §. 1 vgl. §. 7. 8 D. h. t.

32 Es ist nicht anzunehmen, daß der Schenkungswille die Scheidung überdauere, wenn dieß nicht ausdrücklich erklärt worden ist. L. 32 §. 10—13 vgl. §. 19. 20 D. h. t., l. 18 C. eod.

33 Es ist ebensowenig anzunehmen, daß der Schenkungswille sich auf die

5. Was den Beweis der Schenkung zwischen Ehegatten angeht, so gilt die Präsumtion, daß die Frau von dem Manne erhalten habe, wovon anderweitiger Erwerb nicht feststeht [36].

Erben des Beschenkten erstrecke. L. 32 §. 10. 14 vgl. §. 16—18 D. h. t., l. 6. 18 C. h. t. Gleichzeitiger Tod der Ehegatten: l. 32 §. 14 D. h. t., l. 8 D. de reb. dub. 34. 5, l. 26 D. de m. c. don. 39. 5 (vgl. §. 369 Note 1).

[34] Nach dem Recht der Bestätigung (I §. 83 Note 10). L. 25 C. h. t.

[35] Es ist eine alte Streitfrage, ob die Senatsvorschrift sich auf alle Schenkungen beziehe, oder nur auf vollzogene, so daß also das bloße Schenkungsversprechen durch den Tod des Schenkers nicht gültig werde. Für die erste Meinung, welche auch hier vertreten wird, haben sich von Neueren ausgesprochen: v. Löhr a. a. O. S. 233 fg., Puchta Rhein. Mus. VI S. 372 fg. (kl. civil. Schriften S. 332 fg., Savigny S. 183 fg., Heimbach im RLex. IX S. 695 fg.), Schütze Jahrb. d. gem. R. III S. 442 fg., Sintenis Anm. 41, Buchka u. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock II S. 238 fg. (Seuff. Arch. XII. 41); für die zweite Glück XXVI S. 104 fg., Wächter Arch. f. civ. Pr. XVI S. 107 fg., Francke das. XVIII S. 7 Note 20, Vangerow I §. 225 Anm. 2, Seuff. Arch. XVIII. 260. Für die erste Meinung darf man sich zwar billigerweise nicht, wie geschehen ist, auf l. 2 C. de dote cauta 5. 15 berufen, wo der Sinn des adscribere zweifelhaft bleibt; dagegen sprechen für dieselbe l. 32 §. 1 D. h. t. („ad omnes obligationes", „et obligatio sit civilis"), l. 32 §. 23—26 eod. („universae donationes", Gesellschafts- oder Kaufvertrag donationis causa), l. 33 pr. §. 2 eod. (stipulatio annui), in einer Weise, welche nach meiner Ansicht bisher noch nicht widerlegt worden ist. (Man sagt: die obligatio civilis der l. 32 §. 1 cit. sei eine cedirte Obligation; aber wie konnte Ulpian sich so allgemein ausdrücken, wenn er so Beschränktes meinte? Man sagt in Betreff der l. 33 cit.: bei der stipulatio annui sei es insofern anders, als in der ein- oder mehrmaligen Zahlung des Jahrgeldes bereits eine Vollziehung der Schenkung liege; aber die Worte „id ex stipulatu petere non potest" weisen darauf hin, daß der Jurist annimmt, es sei während der Ehe noch gar nichts von dem Jahrgeld gezahlt worden). Für die hier verworfene Meinung enthält ein sehr schwaches Argument der von dem Senatsschluß gebrauchte Ausdruck eripere (l. 32 §. 2 D. h. t.); auch der Vellejanische Senatsschluß sprach nur von einzelnen Fällen. Dagegen hat sie eine schwer zu beseitigende Stütze in l. 23 D. h. t. „Papinianus recte putabat, orationem D. Severi ad rerum donationes pertinere; denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit". Von den verschiedenen Versuchen, welche gemacht worden sind, um diese Stelle zu beseitigen, hat m. E. keiner einen Anspruch auf allgemeinen Beifall. Aber auch den Widerspruch der l. 23 cit. gegen die übrigen Quellenentscheidungen zugegeben — und soweit wir bis jetzt sehen können, wird, wie ich glaube, dieses Zugeständniß, trotzdem daß die l. 23 den gleichen Verfasser hat, wie die übrigen Stellen, nicht ver-

5. Ehescheidungsstrafen *.

§. 510.

Bei der Ehescheidung treffen den schuldigen Theil zu Gunsten des unschuldigen gewisse Vermögensstrafen[1]. Die Frau verliert[2] an den Mann die Dos[3], oder wenn keine Dos bestellt

weigert werden dürfen, — scheint es mir nicht zweifelhaft, daß nicht sie es ist, in welcher der eigentliche Gedanke der Compilation gefunden werden darf; der Zug des römischen Rechts geht nicht auf Begünstigung, sondern auf Beschränkung des Verbots der Schenkung zwischen Ehegatten (Note 2. 8. 9. 26. 27). Einen Streit über die hier besprochene Frage fand auch Justinian vor, und entschied ihn in Nov. 162 für die hier vertheidigte Meinung; aber diese Novelle ist nicht glossirt

[36] S. g. praesumtio Muciana. L. 51 D. 1. 6 C. h. t. Vgl. Glück XXVI S. 210 fg., Sintenis Anm. 36. 37, Tenge Arch. f. civ. Pr. XLV. 13. Seuff. Arch. II. 302, IX. 298, XI. 250.

* Glück XXVII S. 3—108 (1825). Strippelmann das Ehescheidungsrecht S. 307—321 (1854). Ortloff in Ortloff, Heimbach u. Vermehren juristische Abhandlungen II. 1 (1857). Sintenis III §. 136. — Geschichtliches: Wächter über Ehescheidungen bei den Römern S. 165 fg. 205 fg., Hasse Güterrecht der Ehegatten S. 180 fg., Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. I. 2 §. 168. 171, Bechmann röm. Dotalrecht S. 87 fg. §. 510.

[1] Dieselben beruhen auf l. 8. 11 C. de repud. 5. 17, Nov. 22 c. 15. 16, 117 c. 8. 9; c. 4 X. de don. i. v. e. u. 4. 20. Die römischen Gesetze setzen Privatscheidung voraus; daß heutzutage die Scheidung durch richterliches Urtheil erfolgt, thut der Anwendbarkeit ihrer Bestimmungen keinen Eintrag. S. auch c. 4 cit. Es ist jedoch nicht unbestritten, ob die römischen Strafen heutzutage in allen Fällen Platz greifen, in welchen die Ehe wegen der Verschuldung eines Ehegatten geschieden wird; es findet sich die Behauptung, daß sie auf den Fall des Ehebruchs, oder auf den Fall des Ehebruchs und die demselben gleichgestellten Fälle, zu beschränken seien. Vgl. Glück S. 30 fg., Strippelmann S. 316 fg., Ortloff S. 19. 29 fg., Sintenis Anm. 2 Nr. III, Holzschuher I §. 64 Note 34, Seuff. Arch. XVII. 253. S. noch Seuff. Arch. VI. 312, VII. 326 (Glück S. 36 fg., Strippelmann S. 312 fg.). — Die gleichen Nachtheile, wie dem schuldigen Theil, drohte das römische Recht demjenigen, welcher sich ohne gesetzlich anerkannten Scheidungsgrund scheide. Eine solche Scheidung kann heutzutage nicht mehr vorkommen.

[2] Man hat mit Unrecht behauptet, daß dieß für den Fall des Ehebruchs durch Nov. 134 c. 10 aufgehoben worden sei. Glück S. 14 fg.

[3] Vorausgesetzt, daß dieselbe nicht nach vertragsmäßiger Bestimmung an den Geber zurückfällt. L. 24 C. de I. D. 5. 12. In Betreff der dos pro-

ist, den vierten Theil ihres Vermögens, jedoch nicht über 100 Pfund Goldes[4]. Der Mann verliert an die Frau die Eheschenkung, oder was er der Frau sonst nach Vertrag oder gesetzlicher Regel des Particularrechts für den Fall der Auflösung der Ehe durch seinen Tod herauszugeben hat[5]; in Ermangelung von Eheschenkung oder sonstiger Herausgabe ebenfalls den vierten Theil seines Vermögens, mit der zuvor bezeichneten Maßgabe[6]. Im Fall des Ehebruchs der Frau, oder wenn der Mann eine Beischläferin in der gemeinschaftlichen Wohnung oder auch nur am gemeinschaftlichen Wohnort gehalten, oder wenn er die Frau fälschlich des Ehebruchs angeklagt hat, wird die Strafe um ein Drittel erhöht[7]. Was aber in dieser Weise an den unschuldigen Theil fällt, erwirbt derselbe, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, nur zu Nießbrauch, während das Eigenthum auf die Kinder übergeht[8]. — Die Einforderung dieser Strafen wird gewöhnlich mit dem Antrag auf Scheidung verbunden; sie kann aber auch nach der Scheidung geschehen[9]. Auf die Erben gehen die Strafen weder activ noch passiv über[10], nur mit der Ausnahme,

---

fecticia s. Glück S. 42 fg. — Daß die Dos bloß versprochen ist, schließt den Verlust derselben nicht aus. Ortloff S. 70 fg., Seuff. Arch. I. 74.

[4] L. 11 §. 1 C. de repud. 5. 17.

[5] Ortloff S. 18. 37 fg. Vgl. Seuff. Arch. III. 332, XI. 246.

[6] L. 11 §. 1 cit.

[7] Nov. 117 c. 8 §. 2, c. 9 §. 4. 5. Die heutige Geltung dieser Steigerung ist nicht unbestritten. Ortloff S. 36 Note 1. Gegen die Geltung: Seuff. Arch. XVIII. 259. — Nov. 117 c. 8 und Nov. 134 c. 10 enthalten noch weitere Bestimmungen über die Strafe des Ehebruchs: Klostereinsperrung für die Ehefrau, Todesstrafe für den Mann, welcher mit ihr die Ehe bricht (vgl. l. 30 §. 1 C. ad leg. Iul. de adult. 9. 9, §. 4 I. de publ. iud. 4. 18), Verlust des ganzen Vermögens (zu Gunsten der Verwandten, des Klosters, des Fiscus) für Beide. Diese Bestimmungen sind heutzutage, jedenfalls was die öffentlichen Strafen angeht, unanwendbar. Heffter Strafr. §. 445, Sintenis Anm. 2 Nr. I.

[8] L. 8 §. 7 l. 11 §. 1 i. f. C. de repud. 5. 17, Nov. 98 c. 2, 117 c. 8. 9. Bezieht sich nicht auch auf diesen Fall die Vorschrift der Nov. 127 c. 3 (§. 506 Note 16, §. 508 Note 5)? Diese Frage wird bejahend beantwortet von Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 104 fg. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 277.

[9] Strippelmann S. 322, Ortloff S. 74; Seuff. Arch. XVIII. 259. Binnen welcher Frist? Vgl. Ortloff a. a. O.

[10] Auf die Erben des Schuldigen nicht, weil sie eben Strafen sind (§. 359.

daß, wenn der Berechtigte nach erfolgter Scheidung stirbt, seine Erben nicht herauszugeben brauchen, was sie bereits in Händen haben [11]. — Durch Vertrag können diese Strafen weder gemindert, noch erhöht werden [12].

6. Nachtheile der Wiederverheirathung*.

§. 511.

Wiederverheirathung nach aufgelöster Ehe hat für den Sichwiederverheirathenden Nachtheile dann zur Folge, wenn er aus der früheren Ehe Kinder hat [1].

1. Er verliert an diese Kinder das Eigenthum an Allem, was er aus dem Vermögen des früheren Ehegatten in seiner Eigenschaft als Ehegatte erworben hat (Ehegewinn) [2], und behält

---

Nr. 1); auf die Erben des Unschuldigen nicht, weil der Gesichtspunkt, auf welchem sie beruhen, der einer dem Unschuldigen zu verschaffenden Genugthuung ist (§. 359 Nr. 2). Die Ansichten sind hier übrigens verschieden. Vgl. §. 359 Note 10 und Glück S. 71 fg., Ortloff S. 76 fg., Sintenis Anm. 3 Nr. IX. Seuff. Arch. X. 57.

11 C. 4 X. de don. i. v. e. u. 4. 20. Ortloff S. 76. 77.

12 L. 5 pr. D. de pact. dot. 23. 4, l. 19 D. de V. O. 45. 1.

* Cod. 5. 9 de secundis nuptiis. Nov. 22 c. 20—48. — Glück XXIV S. 98 fg. (1823). Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 23 (1832). v. Löhr Arch f. civ. Pr. XVI S. 31 fg. (1833, aber vor dem Aufsatz von Marezoll geschrieben). Geiger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 7 (1844). Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. I. 2 §. 177. 178. Sintenis III S. 80—84, Vangerow I §. 227 Anm. 1.

1 Diese Nachtheile sind von den christlichen römischen Kaisern im Interesse der Kinder der früheren Ehe eingeführt worden. Daher ist der gewöhnlich für sie gebrauchte Ausdruck: poenae secundarum nuptiarum, obgleich er Anhalt in den Quellen hat (Nov. 2 c. 2 §. 1 c. 3, Nov. 22 c. 23), wenig passend. — Man pflegt unter den Nachtheilen der zweiten Ehe auch aufzuführen, daß der Sichwiederverheirathende das ihm unter der Bedingung der Nichtwiederverheirathung letztwillig Hinterlassene verliert, obgleich es doch auf der Hand liegt, daß hier der Grund des Verlustes nicht in der zweiten Ehe, sondern in der Beschränkung der Zuwendung liegt. Nähere Bestimmungen über diesen Fall gibt Nov. 22 c. 44, vgl. c. 43 eod., l. 2. 3 C. de indicta viduitate 6. 40. Glück S. 169 fg. §. 511.

2 Lucrum nuptiale. Ueber den Begriff s. Nov. 22 c. 23. 30. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 93 fg. Seuff. Arch. XI. 249. Anwendung auf deutschrechtliche Verhältnisse: Glück S. 160, Marezoll a. a. O. S. 95, Geiger S. 231 fg.

daran nur den Nießbrauch[3]. Keinen Theil bekommen diejenigen Kinder, welche sich eines Enterbungsgrundes gegen ihn schuldig gemacht haben[4]; Enkel treten an die Stelle ihrer verstorbenen Aeltern[5]. Veräußerungen des Ehegewinnes sind nicht bloß nichtig, wenn sie nach Eingehung der zweiten Ehe vorgenommen werden, sondern es werden auch früher vorgenommene durch das Eingehen einer zweiten Ehe nichtig. Soweit der Vater durch den früheren Tod der Kinder etwas von dem verlorenen Eigenthum zurück erwirbt, wird die Nichtigkeit der Veräußerung geheilt[6]. Die Kinder der zweiten Ehe erhalten ihrerseits Dos und Eheschenkung dieser Ehe ausschließlich[7]. — Der Ehegewinn fällt übrigens, soweit er beim Tode des Erwerbers noch vorhanden ist, auch ohne zweite Ehe an die Kinder der Ehe, ohne Rücksicht darauf, ob sie Erben ihrer Aeltern geworden sind[8].

2. In gleicher Weise verliert der Sichwiederverheirathende an die Kinder der früheren Ehe das Eigenthum an demjenigen,

---

[3] Nov. 22 c. 23—26; vgl. l. 3 pr. l. 5 pr. §. 1 C. h. t., Nov. 2 c. 1. 2. Diese Bestimmung hat übrigens durch die spätere Gesetzgebung (Nov. 98 c. 1, 127 c. 3), nach welcher das Eigenthum von Dos und Eheschenkung auch ohne zweite Ehe, bloß mit Ausnahme eines Kopftheils, an die Kinder fällt (§. 506 Note 16, §. 508 Note 5), sehr an Wichtigkeit verloren. — Besteht der Ehegewinn nur in einem Nießbrauch, so verliert der Sichwiederverheirathende gar nichts. Nov. 22 c. 30 (anders im früheren Rechte, l. un. C. si secundo nupserit 5. 10). — Besonderes für die Mutter, wenn der Ehegewinn in Mobilien besteht: l. 6 §. 1 C. h. t., Nov. 2 c. 4, 22 c. 45. Sintenis Anm. 2 a. E.

[4] Nov. 22 c 26 §. 1.

[5] Ohne Rücksicht darauf, ob sie deren Erben geworden sind. L. 7 l. 8 pr. C. h. t., Nov. 22 c. 25. 26 §. 1. A. M. Löhr S. 37, Vangerow Nr. I.a, Sintenis Anm. 4, welche Nov. 22 c. 21 §. 1 (Note 8) hierher beziehen. — Stirbt ein Kind nach dem Anfall, so geht das ihm Angefallene auf seine Erben, wenn dieselben nicht Descendenten sind, nicht unbedingt über, sondern der Vater bez. die Mutter erhalten davon den sovielsten Theil, als ihnen im Ehevertrag für den Fall der Auflösung der Ehe ohne Kinder zugesichert ist. Nov. 2 c. 2, 22 c. 26 pr. Löhr S. 39; anders Vangerow Nr. I. a. 4.

[6] Nov. 2 c. 2, 22 c. 26.

[7] L. 4 C. h. t., Nov. 22 c. 29. Vgl. übrigens Note 3.

[8] L. 5 §. 2 l. 6 §. 3 l. 8 §. 1 C. h. t., Nov. 22 c. 20. 21. Aber die Enkel treten an die Stelle ihrer vorverstorbenen Aeltern nur dann, wenn sie deren Erben geworden sind, Nov. 22 c. 21 §. 1.

was er von dem Vermögen des früheren Ehegatten dadurch erworben hat, daß er gesetzlicher Erbe eines Kindes der früheren Ehe zugleich mit dessen Geschwistern geworden ist; erfolgt der Erbfall zur Zeit, wo er bereits wieder verheirathet ist, so erhält er von Anfang an nur den Nießbrauch[9].

3. Der Sichwiederverheirathende kann dem neuen Ehegatten aus seinem Vermögen nicht Mehr zuwenden, als ein Kind der früheren Ehe, und wenn die Kinder der früheren Ehe nicht gleiche Theile erhalten, als das wenigstbekommende Kind der früheren Ehe erhält[10]. Das Zuviel wird unter die Kinder der früheren Ehe zu gleichen Theilen vertheilt[10]. Kinder, welche sich eines Enterbungsgrundes schuldig gemacht haben, kommen auch hierbei nicht in Betracht[10]. Durch Minderung einer dem neuen Ehegatten einmal bestellten Dos oder Eheschenkung kann das Recht der Kinder der früheren Ehe nicht verkürzt werden[11].

4. Der Sichwiederverheirathende verliert das ihm sonst seinen Kindern gegenüber zustehende Vorrecht, daß er ihnen für herauszugebende Vermächtnisse keine Sicherheit zu leisten braucht[12].

5. Die sich wieder verheirathende Mutter erleidet eine Beschränkung in dem Rechte, eine einem Kinde gemachte Schenkung wegen Undankbarkeit zu widerrufen[13]. Sie verliert ferner Erziehungsrecht[14] und Vormundschaft über die Kinder, und wenn sie zur zweiten Ehe schreitet, ohne denselben Rechnung gelegt,

---

9 L. 5 C. ad SC. Tert. 6. 56, Nov. 2 c. 3, 22 c. 46. 47. Diese Gesetze reden nur von der Mutter, aber bloß deßwegen, weil zur Zeit ihres Erlasses der Vater kein Intestaterbrecht neben den Geschwistern hatte. Der eigentliche Gedanke geht sehr bestimmt aus l. 10 C. Th. de mat. bon 8. 18 hervor. A. M. Marezoll V S. 397 fg., und nach ihm Vangerow Nr. II (2). a. Für die Ausdehnung auf den Vater: Seuff. Arch. XVII. 254; dawider XI. 248. — Vgl. noch Seuff. Arch. I. 239.

10 Nov. 22 c. 27. 28, vgl. l. 6 pr. l. 9 pr. l. 10 C. h. t. Glück S. 147 fg., Vangerow Nr. I. b. Seuff. Arch. II. 63, VII. 61. 62. 204, IX. 43. 173, XIII. 98, XVI. 120 2. Hälfte, XVII. 63.

11 L. 12 C. de don. a. n. 5. 3, Nov. 22 c. 31.

12 L. 6 §. 1 C. ad SC. Treb. 6. 49, Nov. 22 c. 41. Eine engere Interpretation vertheidigt Marezoll V S. 372 fg. Vgl. Vangerow Nr. I. d, Sintenis Anm. 13.

13 S. §. 367 Note 21.

14 S. §. 514 Note 7.

und ihr Vermögen herausgegeben zu haben, so unterliegt sie den Strafen vorzeitiger Wiederverheirathung [15]. —

Diese Nachtheile können nicht durch Verfügung des vorversterbenden Ehegatten erlassen werden [16].

7. Nachtheile vorzeitiger Wiederverheirathung*.

§. 512.

Das römische Recht verhängt über die Frau, welche sich vor Ablauf des Trauerjahrs wiederverheirathet, folgende Nachtheile [1]: a) die Infamie; b) die Frau verliert Alles, was sie von dem früheren Mann erhalten hat, an dessen Kinder, Enkel, Aeltern, Großältern, Geschwister, den Fiscus; c) sie kann durch letztwillige Hinterlassung nichts erwerben, durch gesetzliche Beerbung nichts von Verwandten über den dritten Grad hinaus; d) sie kann dem neuen Ehegatten nicht Mehr, als ein Drittel ihres Vermögens zuwenden. Die heutige Geltung dieser Strafen ist aber sehr zweifelhaft und bestritten [2].

---

[15] S. §. 434 Note 5, §. 437 Note 12.

[16] Man hat das Gegentheil behauptet wegen Nov. 2 c. 2 S. dawider namentlich Majer (Mejer) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V. 7. Uebereinstimmend Seuff. Arch. IX. 300.

§. 512. * Glück XXIV S. 189—202; Sintenis III S. 84, Vangerow I §. 227 Anm. 2.

[1] L. 11 §. 1—3 D. de his qui not. 3. 2, l. 1. 2 C. de sec. nupt. 5. 9, l. 4 C. ad SC. Tert. 6. 56, Nov. 22 c. 22. Dem Mann ist Eingehung einer Ehe innerhalb des Trauerjahres nicht verboten, l. 9 pr. D. de his qui not. 3. 2, Nov. 22 c. 22. Der Grund, weßwegen sie der Frau verboten ist, ist ein doppelter: einmal die Rücksicht auf den Anstand, sodann die Besorgniß vor Ungewißheit der Vaterschaft über ein von der Frau zu gebärendes Kind. Aus dem zweiten Grunde muß das Trauerjahr auch im Fall der Scheidung ausgehalten werden, und auch dann, wenn der verstorbene Mann aus einem besonderen Grunde nicht betrauert zu werden braucht, jedoch in diesem Falle nicht, wenn die Frau niedergekommen ist. L. 8 §. 4 l. 9 C. de repud. 5. 17, l. 11 §. 1—3 D. de his qui not. 3. 2. — Die Trauerzeit ist erst im Jahre 381 (l. 2 C. de sec. nupt. 5. 9) auf ein Jahr gesetzt worden; früher betrug sie nur 10 Monate.

[2] Es fragt sich: a) sind sie nicht durch das canonische Recht abgeschafft? Das canonische Recht (c. 7 C. II qu. 3, c. 4. 5 X. de sec. nupt. 4 21) hebt zwar unmittelbar nur die Strafe der Infamie auf, aber erklärt dabei die Ehe

Justinian hat diese Strafen auf die Frau ausgedehnt, welche innerhalb des Trauerjahrs ein uneheliches Kind gebiert[3]. Jedoch ist es auch für diesen Fall bestritten, ob diese Strafen heutzutage vollständig zur Anwendung gebracht werden dürfen[4].

Zweites Kapitel.

Das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern.

I. Rechtliche Bedeutung.

A. Ueberhaupt.

§. 513.

Das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern steht, wie das eheliche, zunächst unter sittlichen Grundsätzen, und die Rechtsregeln, welche sich auf dasselbe beziehen, haben auch hier im Ganzen und Großen keine andere Bedeutung, als die, daß durch sie das sittliche Wesen des Verhältnisses zum Ausdruck gebracht werden soll (I §. 41). Im ursprünglichen römischen Recht zwar war die Auffassung des Verhältnisses zwischen Vater und Kind eine ganz andere; dem Vater wurde eine rein selbstnützige und in ihrem Umfang lediglich durch sein Interesse bestimmte Gewalt

---

innerhalb des Trauerjahrs im Allgemeinen für erlaubt. b) Steht nicht jedenfalls ein gemeines Gewohnheitsrecht entgegen? Vgl. einerseits: Glück S. 197 fg., Guyet Abhandl. S. 185 fg., Geiger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 228 fg., Arndts §. 418 Anm. 2; andererseits: v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzg. III S. 520 fg., Sintenis Anm. 15, Vangerow Anm. 2 a. E.

3 Nov. 39 c. 2. Vgl. übrigens Vangerow Anm. 2 Nr. 3.

4 Es wird behauptet, daß sie auch für diesen Fall durch Gewohnheitsrecht mit Ausnahme des Verlustes des Ehegewinnes beseitigt worden seien. Vgl. Glück S. 201 Note 92, Puchta §. 429 a. E., Arndts §. 418 a. E.

über das Kind zugeschrieben [1]. Aber diese Auffassung ist bereits im Justinianischen Recht fast vollständig überwunden, und hat nur einzelne Spuren zurückgelassen, welche dann größtentheils auch in das heutige Recht übergegangen sind [2]. Das Verhältniß zwischen Mutter und Kind ist auch vom römischen Recht nie anders aufgefaßt worden, als in der zuvor bezeichneten Weise.

B. Insbesondere:

1. In Betreff der Personen.

§. 514.

Nach der persönlichen Seite zeigt sich das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern in folgenden Punkten rechtlich wirksam.

1. Auf der Verpflichtung der Aeltern und Kinder zur Liebe gegen einander beruht ihre Unfähigkeit, Zeugniß gegen einander abzulegen [1].

2. Die Verpflichtung der Kinder zur Ehrfurcht und Pietät [2] gegen die Aeltern hat rechtlichen Ausdruck in den Vorschriften gefunden: a) daß das Kind einen auf Arglist gestellten Anspruch gegen die Aeltern nur bis zum Belange der Bereicherung geltend machen kann [3]; b) daß es von den Aeltern nicht den Gefährde-

---

§. 513. [1] Der Vater durfte das Kind sogar tödten und als Vermögensobject veräußern. Vgl. Gai. I. 55: — „quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filiis suos habent potestatem, qualem nos habemus“.

[2] Keine Geltung hat heutzutage die noch im Justinianischen Rechte anerkannte Befugniß des Vaters, sein neugeborenes Kind aus Noth zu verkaufen, l. 2 C. de patribus 4. 43. — Ueber die väterliche Gewalt im Allgemeinen vgl. den Aufsatz von Heimbach im RLex. XII S. 1 fg.; über die Auffassung des älteren deutschen Rechts Kraut Vormundsch. II S. 586 fg.

§. 514. [1] L. 6 C. de test. 4. 20. Ausnahme: c. 3 X. qui matr. accus. possunt 4. 18. Bayer Vorträge S. 795, Wetzell Civilproz. §. 23 Note 12.

[2] L. 4 D. de cur. fur. 27. 10, l. 1. 9. 10 D. de obseq. 37. 15.

[3] L. 2 §. 1 l. 5 l. 6 l. 7 pr. §. 2 D. de obseq. 37. 15. Ausnahme bei schweren Injurien: l. 7 §. 3 D. de iniur. 47. 10. Die Verhaftung auf die Bereicherung in allen Fällen ergibt sich aus l. 11 §. 1 l. 12 D. de dolo 4. 3. Das römische Recht schloß auch die actiones famosae aus, l. 11 §. 1 D. de dolo cit., l. 2 pr. l. 5 §. 1 D. de obseq. 37. 15 (vgl. I §. 56).

eid verlangen kann[3a]; c) daß Aeltern gegen die Kinder die Rechtswohlthat oer Lebensnothdurft zusteht[4].[5]

3. Die Aeltern haben über das Kind die Erziehungsgewalt, und zum Zweck der Handhabung derselben ein Züchtigungsrecht[6]. Die Erziehungsgewalt steht aber der Mutter bei Lebzeiten des Vaters nicht in Widerspruch mit demselben zu, und nach dem Tode des Vaters nur so lange, als sie nicht zur zweiten Ehe schreitet, und nur unter der Voraussetzung, daß der Vater über die Erziehung des Kindes nicht anderweitig verfügt hat[7]. Von der anderen Seite kann durch Richterspruch auch bei Lebzeiten des Vaters

---

[3a] L. 7 §. 3 D. de obseq. 37. 15. Vgl. l. 34 §. 4 D. de iurei. 12. 2, und dazu Arndts §. 437 Anm. 1.

[4] S. §. 267 Note 4 und l. 7 §. 1 D. de obseq. 37. 15. Vgl. §. 267 Note 14.

[5] Außer den hier genannten Sätzen gehört nach römischem Recht noch hierher das Verbot der in ius vocatio der Aeltern (und weiteren Ascendenten) ohne Erlaubniß der Gerichtsobrigkeit, dessen Verletzung mit einer Privatstrafe von 50 aurei geahndet wurde, l. 4 §. 1 sqq. l. 11. 12. 15. 24. 25 D. de in ius. voc. 2. 4. Dieses Verbot hatte seinen Grund in der Form der alten Privatladung, und es ist wohl nicht zu kühn, anzunehmen, daß es mit dieser bereits im Justinianischen Recht seine Anwendbarkeit verloren habe. Vgl. l. 15 cit.: — „neque enim qui libellum principi vel praesidi dat, in ius vocare . . . videtur", wo „vel praesidi" interpolirt ist. Freilich stimmt hierzu nicht die Aufnahme der betreffenden Stellen in die Compilation, s. auch §. 12 I. de act. 4. 6, §. 3 I. de poen. tem. lit. 4. 16. Jedenfalls wird man zu sagen haben, daß, wenn das Gericht von dem betreffenden Verwandtschaftsverhältniß unterrichtet ist, in der Uebermittelung der Klageschrift schon die gehörige Erlaubniß liegt, vgl. l. 15 cit.: — „non dissimulato se libertum esse eius". Vgl. Glück II S. 351 und die das. Citt.

[6] Mehr als Erziehungsgewalt und Züchtigungsrecht gibt auch die römische patria potestas im Resultate der Entwicklung dem Vater nicht mehr. L. 3 C. de patr. pot. 8. 47, l. un. C. de emend. propinq. 9. 15. Der Vater kann aber zur Unterstützung seiner Autorität den Richter anrufen, damit derselbe mit Strafen gegen das Kind vorgehe, l. 3 cit., l. 9 §. 3 D. de off. proc. 1. 16. Vgl. übrigens auch Kraut Vormundsch. II S. 621—622, und über den Umfang der Erziehungsgewalt im Allgemeinen Burchardi Arch. f. civ. Pr. VIII S. 186 fg. Seuff. Arch. I. 81, XII. 169.

[7] L. 1 C. ubi pup. 5. 49, Nov. 22 c. 38; l. 1 §. 10 D. de insp. ventre 25. 4, l. 1 §. 1 D. ubi pup. 27. 2, l. 7 D. de ann. leg. 33. 1. Die l. 1 §. 1 und l. 7 citt. geben jedoch der Obrigkeit das Recht, von der Verfügung des Vaters abzuweichen, wenn das Kind bei dem vom Vater bezeichneten Erzieher schlecht aufgehoben ist. Vgl. Burchardi a. a. O. S. 167 fg.

seine Erziehungsgewalt zu Gunsten der Mutter ausgeschlossen werden [8]. Auch im Fall der Scheidung können die Kinder dem Vater ab- und der Mutter zugesprochen werden, wobei vorzugsweise zu Gunsten des unschuldigen Theils zu entscheiden ist [9]. — Der Erziehungsgewalt der Aeltern entspricht eine Erziehungspflicht, welche sich aber rechtlich wirksam nur in der Verpflichtung zur Gewährung der zur Erziehung erforderlichen Vermögensmittel erweist [10].

4. Kinder sollen ohne Zustimmung der Aeltern keine Ehe eingehen; jedoch ist der Mangel dieser Zustimmung kein Ungültigkeitsgrund [11]. Anders beim Verlöbniß; dasselbe ist ohne Zustimmung des Vaters nichtig [12].

2. In Betreff des Vermögens.

a. Ueberhaupt.

§. 515.

In vermögensrechtlicher Beziehung zeigt sich das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern als solches, d. h. abgesehen von der väterlichen Gewalt, wirksam in der gegenseitigen Alimentationsverbindlichkeit der Aeltern und Kinder, ferner in der Verpflichtung der Aeltern zur Erziehung und zur Ausstattung der Kinder. Von allen diesen Punkten ist bereits gehandelt worden (§. 475. 514. 493).

Weiter gehend ist die vermögensrechtliche Wirkung der väterlichen Gewalt [1]. Nach ursprünglichem römischen Recht konnte das

---

[8] L. 1 §. 3 l. 3 §. 5 D. de lib. exh. 43. 30.

[9] L. un. C. divortio facto 5. 24, Nov. 117 c. 7. Burchardi a. a. O. S. 181—182, Sarwey Arch. f. civ. Pr. XXXI. 14, XXXII. 1, Sintenis III § 140 Anm. 34. Seuff. Arch. VI. 213, VIII. 269, XIV. 43.

[10] S. §. 475 Note 12.

[11] Conc. Trid. Sess. XXIV c. 1 de reform. matr. Richter Kirchenr. §. 254, Walter Kirchenr. §. 291. Römisches Recht: pr. I. de nupt. 1. 10, l. 2 D. de R. N. 23. 2, l. 5 C. de nupt. 5. 4; l. 1. 20 C. eod.

[12] L. 7 §. 1 D. de spons. 23. 1. Richter Kirchenr. §. 271 Note 6. 7. Vgl. Glück XXIII S. 38 fg. 54.

§. 515. [1] Von der väterlichen Gewalt wird hier repräsentativ gesprochen. Das Gleiche, wie für den Vater, gilt für den Großvater ꝛc., in dessen Gewalt der Enkel ꝛc. steht.

Kind in väterlicher Gewalt nichts Eigenes haben; vielmehr erwarb es Alles, was es erwarb, dem Vater[2]. Dieser Grundsatz ist im Justinianischen Recht durch so viele Ausnahmen durchbrochen, daß die Ausnahme zur Regel geworden ist. Der daraus hervorgegangene Rechtszustand ist im Folgenden (§. 516 fg.) näher dargestellt. —

Auf dem zuvor bezeichneten Grundsatz des ursprünglichen römischen Rechts beruhen in letzter Linie auch zwei andere Rechte des Vaters, welche sich aber später von diesem Grundsatz abgelöst haben, und deren nähere Darstellung anderen Zusammenhängen angehört: das Recht des Vaters, dem Kinde letztwillig einen Vormund, und unter gewissen Voraussetzungen einen Erben zu ernennen (s. §. 433 und das Erbrecht).

b. Recht des Vaters an dem Erwerbe des Kindes.

§. 516.

Der Rechtszustand, welcher in dieser Beziehung im Justinianischen Rechte gilt (§. 515), ist folgender.

1. An gewissen Erwerben hat der Vater gar kein Recht; sie fallen an das Kind, als wenn es der väterlichen Gewalt nicht unterworfen wäre[1]. Diese Erwerbe sind: der Erwerb auf Grund

---

[2] Gai. II. 86—89, Ulp. XIX. 18. 19. Das Kind war nothwendiges Erwerbsorgan des Vaters, — „patris voce loqui videtur“, §. 13 I. inut. stip. 3. 19, s. auch §. 4 I. eod., l. 42 D. de damno inf. 39. 2.

[1] Die römische Bezeichnung für diese Erwerbe sind: peculium castrense §. 516.
und quasi castrense (Note 2). Durch die Bezeichnung peculium werden sie aber als Vermögen des Vaters, nicht des Sohnes, charakterisirt (a. M. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 63 fg., aber aus nicht stichhaltigen Gründen), und in der That waren sie dieß bis zur Nov. 118, obgleich das Recht des Vaters sich nur (oder doch fast nur, s. l. 18 pr. §. 3 D. de castr. pec. 49. 17) in dem Falle wirksam erwies, wenn das Kind ohne Testament starb; sie wurden dann nicht vererbt, sondern der Vater zog sie als sein Vermögen ein. Pr. I. quib. non est perm. 2. 12; l. 4 §. 1 l. 12 l. 15 §. 1—4 l. 18 §. 1. 2 D. de castr. pec. 49. 17, l. 2. 3 C. eod. 12. 37, l. 3 §. 10 D. de min. 4. 4; l. 1. 2. 9. 14 l. 17 pr. l. 19 §. 3 D. de castr. pec., l. 5 C. eod., l. 18 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 1 §. 22 D. de coll. 37. 6 (s. aber auch pr. I. cit. vv. *nullis liberis vel fratribus superstitibus*, l. 34. C. de ep. et cler. 1. 3, und dazu Vangerow II S 40—42, Schirmer Erbrecht I S. 180. 183). Seit diese Erwerbe durch die Nov. 118 der gewöhnlichen

des Kriegsdienstes[2]; der Erwerb aus einem Staats-[3] oder Hofamt[4]; der Erwerb auf Grund der Advokatur[5]; der Erwerb aus

---

Intestaterbfolge unterworfen worden, und dadurch wirkliches Vermögen des Kindes geworden sind, ist die Bezeichnung peculium für sie nicht mehr passend. Vgl. auch Note 10. — Neuere fassen das peculium castrense und quasi castrense unter dem Ausdruck peculium militare zusammen, — eine Bezeichnung, welche in l. 37 pr. C. de inoff. test. 3. 28 einen Anhalt hat.

[2] Peculium castrense Dig. 49. 17 de castrensi peculio. Cod. 12. 37 de castrensi peculio militum et praefectianorum. — Zum pec. castrense gehört Alles, „quod . . . filiusfamilias in militia adquisiit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset“, l. 11 D. h. t. L. 1 C. h. t.: — „quae in castris per occasionem militiae quaeruntur; in quibus sunt etiam hereditates eorum, qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiae occasionem“. S. noch l. 5. 6. 8 l. 16 §. 1 l. 19 pr. D. l. 2. 4 C. h. t.; l. 15 §. 3 l. 19 §. 1 D. h. t., l. 1 i. f. C. h. t. Nach positiver Bestimmung wird pec. castrense auch die Erbschaft der Ehefrau aus einem Testamente, welches zu Gunsten des Haussohnes während seiner Dienstzeit errichtet worden ist, l. 13 l. 10 §. 1 D. h. t. Vgl. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 107—116. — Dem peculium castrense gegenüber bilden die unter dieser Nummer im Folgenden bezeichneten Erwerbe das peculium quasi castrense. Von dem letzteren handelt Marezoll a. a. O. S. 117—136. — Das pec. castrense ist so alt, wie die Kaiserzeit, pr. I. quib. non est perm. 2. 12. Die für das pec. quasi castrense im Folgenden citirten Stellen sind von Constantin und den folgenden Kaisern. Andererseits wird das pec. quasi castrense auch in den Digesten erwähnt: l. 32 §. 17 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 1 §. 6 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 3 §. 5 D. de B. P. 37. 1, l. 1 §. 15 D. de coll. 37. 6, l. 7 §. 6 D. de don. 39. 5, vgl. auch l. 52 §. 8 D. pro soc. 17. 2. Sind alle diese Stellen interpolirt? Dawider Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. I. 2 §. 188 Note 1, Marezoll a. a. O. S. 78 fg. Ueber l. 50 D. ad SC. Treb. 36. 1 s. Note 8.

[3] L. un. C. de castrensi omnium palatinorum peculio 12. 31, l. 7 C. de off. eius 1. 51, l. 6 C. h. t. 12. 37, l. 5 C. de silentiariis 12. 16, l. 37 C. de inoff. test. 3. 28. Auch der Erwerb bloß „per occasionem“ des Amtes? Dafür v. Löhr Arch. f. civ. Pr. X S. 177. 178; dawider Marezoll a. a. O. S. 130—134, Sintenis a. a. O. Anm. 65, Vangerow I §. 235 Anm.

[4] L. un. C. de castrensi omnium palatinorum peculio 12. 31. Zu den hier genannten palatini gehören zwar nicht bloß, und nicht einmal vorzugsweise, aber doch auch Hofbeamte. Ueber den Umfang des pec. quasi castrense dieser Beamten besteht der gleiche Zweifel, wie bei den Staatsbeamten.

[5] L. 4 vgl. l. 14 C. de advocatis diversorum iudiciorum 2. 7. Hier ist ausdrücklich bestimmt, daß pec. quasi castrense werden solle, was die betreffenden Personen „ex huiusmodi professione vel ipsius occasione“ erworben haben. Vgl. auch l. 8 C. eod.

Geschenken des Landesherrn oder seiner Gemahlin[6]; der Erwerb eines Geistlichen[7].[8] — Bedarf das Kind eines Vormunds, so gebührt die Vormundschaft in Betreff dieser Erwerbe zunächst dem Vater; schlägt derselbe aus, so tritt obrigkeitliche Berufung ein[9].

2. Andere Erwerbe[10] fallen an das Kind nur der Substanz

---

[6] L. 7 C. de bonis quae liberis 6. 61.

[7] Aller und jeder Erwerb des Geistlichen, nicht bloß der Erwerb aus dem geistlichen Amte oder aus Veranlassung desselben. Geistliche im Sinne dieser Vorschrift sind auch diejenigen, welche nur die niederen Weihen empfangen haben. L. 34 C. de ep. et cler. l. 3, Nov. 123 c. 19.

[8] Ein pec. quasi castrense nehmen Manche (Marezoll a. a. O. S. 81 fg., v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV S. 310 fg., Sintenis Anm. 64, Vangerow I §. 235 Anm.) auch im Falle der l. 50 D. ad SC. Treb. 36. 1 an. Dawider mit Recht Arndts §. 434 Anm., Schirmer röm. Erbr. I S. 173 Note 134.

[9] L. 7 D. de cur. fur. 5. 70. Vgl. §. 432 Note 5.

[10] Cod. 6. 60 de bonis maternis et materni generis, — 6. 61 de bonis quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias adquiruntur, et eorum administratione. — Die Neueren bezeichnen diese Erwerbe als peculium adventicium. Der Ausdruck adventicium geht darauf, daß es sich hier um einen Erwerb handelt, welcher nicht aus dem Vermögen des Vaters, sondern anders woher kommt (Note 12), und hat in dieser Bedeutung, wenn er auch in der Verbindung mit peculium nicht quellenmäßig ist, doch gute Analogien für sich (dos aventicia, s. ferner l. 28 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 36 pr. C. de inoff. test. 3. 28, und vgl. auch l. 4 §. 1 D. de manum. 40. 1). Dagegen ist der Ausdruck peculium zur Bezeichnung der hier fraglichen Erwerbe nicht zu billigen, da es sich um ein Vermögen handelt, welches jedenfalls im Resultat der Entwicklung nicht Vermögen des Vaters, sondern Vermögen des Sohnes ist (vgl. Note 3). Wenn es in l. 3 C. de bon. quae lib. 6. 61 heißt: „ad liberos eorum eaedem res iure hereditatis, non ad patres iure peculii transmittantur“, so ist das nichts als eine historische Reminiscenz (vgl. l. 1 §. 1 l. 2 C. Th. de mat. bon. 8. 18, und damit l. 1 C. de bon. mat. mat. 6. 60). Abgesehen von der l. 3 C. cit. wird in der Justinianischen Compilation der Ausdruck peculium zur Bezeichnung der hier fraglichen Erwerbe überall mit Absichtlichkeit vermieden. Wenn man sich für das Gegentheil auf l. 37 pr. C. de inoff. test. 3. 28 und pr. I. quib. non est perm. 2. 12 beruft, so ist es weder nothwendig, in der ersten Stelle den Ausdruck peculium paganum auf den adventicischen Erwerb mit zu beziehen, noch in der zweiten die Worte „exceptis videlicet iis“ auf „peculia“ zurückzubeziehen, und das „iis“ anders als substantivisch zu verstehen. Vgl. über die verschiedenen Ansichten einerseits Hugo im civil. Magazin V. 19 und VI. 4, andererseits Unterholzner Tüb. krit. Zeitschr. V S. 205—209,

nach, dagegen an den Vater zum Genuß[11]. Dieß ist der Fall bei jedem Erwerbe, welcher einerseits nicht von der unter Nr. 1 bezeichneten Art ist, andererseits nicht aus dem Vermögen des Vaters selbst gemacht wird (Nr. 3)[12]. Außerordentlicher Weise fällt auch

---

Marezoll a. a. O. S. 63 fg., Mühlenbruch in der Forts. von Glück XXXV S. 190 Note 28, und aus der neuesten Zeit die schwer verständliche Ausführung von Dietzel Jahrb. d. gem. R. III S. 60—68.

11 Gewöhnlich sagt man: an das Kind zum Eigenthum, an den Vater zum Nießbrauch, und diese Ausdrucksweise ist auch die der Quellen. Die hier gewählte empfiehlt sich aber mehr, aus dem doppelten Grunde: a) weil von Eigenthum doch nur bei körperlichen Sachen, nicht bei anderen Vermögensstücken die Rede sein kann; b) weil das Genußrecht des Vaters nicht ohne Weiteres unter die für den Nießbrauch geltenden Regeln gestellt werden darf (§. 517 Nr. 1).

12 In dieser Allgemeinheit hat zuletzt Justinian die Regel gestellt in l. 6 C. de bon. quae lib. 6. 61. „Si quis itaque filiusfamilias vel patris sui vel avi vel proavi in potestate constitutus aliquid sibi adquisierit non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ex aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant: eas suis parentibus non in plenum, sicut antea fuerat sancitum, sed usque ad usumfructum solum adquirat, et eorum ususfructus quidem apud patrem vel avum vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat, dominium autem filiisfamilias inhaereat .... Exceptis castrensibus peculiis ... in his enim nihil innovamus, sed vetera iura intacta servamus; eodem observando etiam in his peculiis, quae quasi castrensia peculia ad instar castrensis peculii accesserunt". S. auch §. 1 I. per quas pers. 2. 9. Vorher waren nur einzelne Erwerbe dem hier bezeichneten Rechte unterworfen: die bona materna und materni generis und das lucrum nuptiale, l. 1—4 C. de bon. mat 6. 60, l. 1—5 C. de bon. quae lib. 6. 61. — Zum adventicischen Erwerb gehört nach der ausdrücklichen Bestimmung Justinian's auch was das Kind durch seine Arbeit erwirbt. Seuff. Arch. X. 60, XII. 166. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß das Kind nicht aus dem Vermögen des Vaters erworben habe, in welchem Falle dieser letztere Gesichtspunkt der entscheidende ist. Kann aber nicht in diesem Falle, sowie in jedem anderen, wo das Kind durch seine Arbeit den Vater bereichert hat, dasselbe Ersatz des Werthes seiner Arbeit fordern? Es ist zu sagen: a) da das Kind die Arbeit freiwillig geleistet, also den Vater willentlich bereichert hat, so steht ihm eine Ersatzforderung nur (§. 422) nach dem Gesichtspunkte der negotiorum gestio (§ 430) oder des stillschweigenden Vertrags (§. 399 Note 14, §. 404 Note 7) zu; b) der Vater ist befugt, gegen die vom Kinde im Hause nach Art des Hauses geleistete Arbeit die dem Kinde gewährte Alimentation aufzurechnen, welchem Satze l. 10 D. de obseq. 37. 15 nicht entgegensteht. Vgl. Marezoll a. a. O. S. 271 fg., Pfeiffer prakt. Ausführungen VII S. 156 fg., Kraut Vormundsch. II S. 638—640, Sin-

das Genußrecht des Vaters weg. Hiervon, sowie näher von dem in dem einen und dem anderen Fall stattfindenden Rechtsverhältniß, im folgenden §.[13].

3. Erwerbe aus dem Vermögen des Vaters fallen auch nach neuestem Recht ganz an den Vater, nicht an das Kind[14]. Daher sind namentlich Zuwendungen, welche der Vater dem Kinde aus seinem Vermögen macht, ohne rechtlichen Bestand[15]. Ausgenommen ist nach heutigem Recht, was der Vater dem Kinde zur Begründung einer selbständigen Wirthschaft, und was er ihm zum Zweck der Abschichtung gibt; nicht aber die gewöhnliche Schenkung[16]. Doch wird die Schenkung dadurch, daß der Vater sie bei der Emancipation nicht zurücknimmt, oder bis zu seinem Tode nicht widerruft, rückwärts gültig[17].

---

tenis III §. 141 Anm. 16. Seuff. Arch. I. 354, VII. 196, VIII. 59, IX. 174, XV. 135. — Ueber andere Fragen, welche auf den Umfang des adventicischen Erwerbes Bezug haben, s. Marezoll a. a. O. S. 260 fg. 264 fg. 276 fg. 280 fg. Vangerow I §. 236 Anm. 1, und vgl. im Allgemeinen auch noch Seuff. Arch. III. 271.

13 Es kann auch abgesehen von der väterlichen Gewalt vorkommen, daß ein Vermögensstück an den Vater zu Nießbrauch, an das Kind zu Eigenthum fällt, s. z. B. Nov. 22. c. 23, 98 c. 1 (127 c. 3), 98 c. 2, 117 c. 8. Für diesen Fall gelten natürlich die besonderen Grundsätze vom adventicischen Erwerb nicht, selbst dann nicht, wenn im gegebenen Fall das Kind der väterlichen Gewalt unterworfen ist. Marezoll a. a. O. S. 249 fg., Vangerow I §. 236 Anm. 1.

14 L. 6 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61, §. 1 I. per quas pers. 2. 9.

15 L. 1 §. 1 D. pro don. 41. 6; l. 11. 17 C. de don. 8. 54.

16 S. §. 484 Note 2 und 4.

17 a) Nichtzurücknahme bei der Emancipation: l. 31 §. 2 D. de don. 39. 5, l. 17 C. de don. 8. 54. b) Nichtwiderruf bis zum Tode: l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, l. 6 §. 2 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 18 pr. C. fam. herc. 3. 36, l. 3 C. de inoff. don. 3. 29; Paul. S. R. V. 11 §. 3, Vat. fr. 274. 277. 278. 281. Dieser letztere Satz hat im römischen Recht nicht von jeher gegolten, und ist wahrscheinlich erst unter dem Einfluß der entsprechenden Bestimmung für die Schenkung unter Ehegatten (§. 509 Nr. 4) zur Anerkennung gelangt. Das ältere Recht in: l. 2 §. 2 D. pro her. 41. 5, l. 1 §. 1 l. 4 D. pro don. 41. 6, Vat. fr. 294—296. Ueber l. 13 C. de coll. 6. 20 s. Vangerow II S. 449—451 und die das. Citirten. c) Convalescenz nach rückwärts: l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16. Allerdings hat diese Stelle zunächst nur den Fall des Todes im Auge; aber der Grund ihrer Entscheidung ist doch der in der Nichtzurücknahme enthaltene Bestätigungswille. — Vgl. über das Ganze v. d. Pfordten Abhandlungen S. 187—204.

4. Schlägt das Kind einen ihm angebotenen Erwerb aus, so kann der Vater denselben für sich machen[18].

§. 517*.

Die für das im vorigen §. unter Nr. 2 bezeichnete adventicische Vermögen geltenden näheren Grundsätze sind folgende.

1. Das Genußrecht, welches dem Vater an dem adventicischen Vermögen zusteht, ist ein Genußrecht nicht nach Art des Nießbrauches, sondern ein Genußrecht nach Art des dem Eigenthümer zustehenden Genußrechtes[1]. Daher ist der Vater weder an die dem Nießbraucher bei der Ausübung seines Rechts gezogenen Schranken[2] gebunden[3], noch zu der dem Nießbraucher obliegenden Sicherheitsleistung verpflichtet[4]. Ebensowenig kann

---

[18] Nach Justinian's Bestimmung in l. 8 pr. §. 1. 2 C. de bon. quae lib. 6. 61. Der Satz gilt nicht bloß für Erbschaften, auf welche man ihn oft beschränkt, sondern für jeden Erwerb überhaupt. „Sancimus igitur in omnibus rebus, quae effugiunt quidem dominii adquisitionem, sed ususfructus tandummodo patri offertur“. Sodann: — „nulla actione neque contra patrem danda, ubi adversus eius voluntatem filius hereditatem vel legatum vel fideicommissum vel aliquid quidquam ex quocunque titulo sive donationis sive contractus alterius sibi adquirere maluerit, neque adversus filium simili modo actione extendenda, ubi recusante eo pater sua auctoritate haec sibi vindicat“. Marezoll a. a. O. S. 101.

§. 517. * Die hierher gehörigen Titel sind bei §. 516 Note 10 angegeben. — Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 92 fg. 285 fg. 362 fg. Vangerow I §. 236. 237, Sintenis III S. 142—152.

[1] L. 1 C. de bon. mat. 6. 60: — „atque ita omnia agere tamquam solidum perfectumque dominium eis adquisitum fuisset“. L. 6 §. 2 C. de bon. quae lib. 6. 61: — „tantummodo alienatione vel hypotheca suo nomine patribus denegata, rerum habeat parens plenissimam potestatem uti fruique his rebus . . . ., et gubernatio earum sit penitus impunita, et nullo modo audeat filiusfamilias . . . vetare eum . . easdem res tenere aut quomodo voluerit gubernare . .“. Ursprünglich war das Recht des Vaters wirklich Eigenthumsrecht, l. 1. 2 C. Th. de mat. bon. 8. 18. Marezoll S. 285 fg. — Haben die Kinder gegen Verfügungen des Vaters über sein Genußrecht ein Einspruchsrecht auf Grund ihrer Alimentationsberechtigung? Seuff. Arch. III. 338. 342 a. E., V. 296.

[2] S. I §. 203 Note 12—14.

[3] Marezoll S. 369—371.

[4] L. 8 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61: — „paterna reverentia eum excu-

von dem Vater verlangt werden, daß er seine Verwaltung durch Rechnungslegung rechtfertige[4], woraus jedoch nicht folgt, daß er nicht nach Beendigung seines Rechts von dem Kinde in Anspruch genommen werden könnte, wenn dieses ihm einen Verstoß gegen die Pflichten ordentlicher Vermögensverwaltung nachzuweisen im Stande ist[5]. Wegen grober Verletzung dieser Pflichten kann die Verwaltung dem Vater sogar ganz entzogen, und einem Vormunde übertragen werden[5a]. An die Zustimmung des Kindes ist der Vater nur in dem einen Fall gebunden[6], daß er zum Zweck der Realisirung eines adventicischen Erwerbes oder der Abweisung eines aus demselben von einem Dritten abgeleiteten Anspruchs einen Prozeß zu führen hat; jedoch wird auch in diesem Falle vorausgesetzt, daß das Kind das Alter der Geschlechtsreife erreicht habe, und nicht abwesend sei[7].

---

sante et a ratiociniis et a cautionibus et ab aliis omnibus, quae ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur ..". Seuff. Arch. III. 337. Der Vater ist daher auch nicht zur Errichtung eines Inventars verbunden. Marezoll S. 390. Seuff. Arch. XII. 44, XVII. 258.

5 L. 1 C. de bon. mat. 6. 60. — „Parentes autem, penes quos maternarum rerum utendi fruendique potestas est, omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere". L. 8 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61: — „Quodsi pater hoc facere supersederit, ipse usuras vel ex reditibus vel ex substantia sua omnimodo dare compelletur". — Und ferner: — „et omnia circa usumfructum facere, quae nullo modo proprietatem possint deteriorem facere ..". — Marezoll S. 388 fg. und nach ihm Vangerow I §. 236 Anm. 2 Nr. 2 sind der Ansicht, daß der Vater nur in Betreff der bona materna und materni generis und des lucrum nuptiale zur Präſtation von omnis diligentia juristisch verpflichtet, dagegen seine Verpflichtung in Betreff des sonstigen adventicischen Erwerbes lediglich eine moralische sei. Ihr Hauptgrund ist: weil sich eine Verhaftung für omnis culpa und Befreiung von Rechnungslegung (Note 4) nicht mit einander vertrage. Ich wüßte nicht, was der im Text bezeichneten Vereinigung entgegenstünde. Andere (Puchta §. 436. f, Sintenis a. a. O. Anm. 33, Arndts §. 432 Anm. 2) suchen die Vereinigung darin, daß sie die Befreiung von der Verpflichtung zur Rechnungslegung nur auf die Zeit des Bestehens der väterlichen Gewalt beziehen.

5a Arg. l. 13 §. 1 C. de sent. pass. 9. 51. Glück XIV S. 383, Sintenis a. a. O. Anm. 52a. Seuff. Arch. III. 336, VII. 198, vgl. III. 342. A. M. v. Löhr Arch. für civ. Pr. VII S. 268 Anm. 10 u. X S. 179, Marezoll S. 426, Vangerow S. 443. Seuff. Arch. II. 306. Natürlich verliert aber der Vater in diesem Fall nicht auch den Anspruch auf die Einkünfte.

6 Vgl. im Uebrigen l. 6 §. 2 C. de bon. quae lib. 6. 61 (Note 1).

7 L. 8 §. 3 C. de bon. quae lib. 6. 61. Marezoll S. 373—388 und

2. Ueber die Substanz des adventicischen Vermögens kann der Vater nicht verfügen; Veräußerungen, welche er mit demselben vornimmt, sind nichtig[8], und das Kind kann nach Beendigung des väterlichen Rechts die Nichtigkeit derselben geltend machen[9], ohne daß ihm aus der bis dahin abgelaufenen Zeit eine Verjährung entgegengesetzt werden könnte[10]. Ausnahmsweise ist dem Vater die Veräußerung gestattet: a) bei Sachen, welche dem Untergang ausgesetzt oder unnütz sind[11]; b) zur Abtragung von Schulden und Lasten, welche das Kind mit dem Erwerbe überkommen hat[12], vorausgesetzt, daß sie nicht in periodisch

---

Vangerow I §. 236 Anm. 2 Nr. 3 sind der Ansicht, daß diese Stelle nur Prozesse über die Erbschaft selbst (von welchem Erwerbe in der genannten Stelle vorzugsweise die Rede ist) im Sinne habe, wie z. B. querela inofficiosi testamenti, actio familiae herciscundae, hereditatis petitio, während umgekehrt die Meisten (von Neueren s. Puchta §. 436. g, Arndts §. 432 Anm. 3, Sintenis a. a. O. Anm. 35) die Vorschrift der Stelle von allen Prozessen überhaupt verstehen. Nach meiner Meinung bezieht sie sich allerdings auf die zuvor erwähnten Klagen, aber z. B. auch auf eine ererbte actio venditi oder rei vindicatio, nicht aber z. B. auf die actio locati aus einem vom Vater abgeschlossenen Miethvertrag. Vgl. Seuff. Arch. III. 272. 273, XIII. 266.

[8] L. 1. 2 C. de bon. mat. 6. 60, l. 4 l. 6 §. 2 l. 8 §. 5 C. de bon. quae lib. 6. 61. Diese Gesetze haben im Einzelnen nur Uebertragung des Eigenthums und Verpfändung im Auge; aber es ist keiner Frage unterworfen, daß in ihrem Sinne dem Vater auch jede Bestellung eines andern dinglichen Rechts, sowie jede Rechtsaufgabe überhaupt, untersagt ist. In Betreff der Forderungen verschiedene Ansichten in den Urtheilen bei Seuff. Arch. II. 307, X. 181, XIV. 100; XVII. 65. Verzicht auf Erbansprüche: das. VI. 228, VII. 65.

[9] Ueber die Frage, ob auch der Vater selbst die Nichtigkeit der Veräußerung geltend machen könne, s. I §. 172[a] Note 2.

[10] S. I §. 109 Note 5, §. 182 Note 12.

[11] L. 8 §. 5 C. de bon. quae lib. 6. 61: — „exceptis videlicet rebus mobilibus vel immobilibus illis, quae onerosae hereditati sunt vel quocunque omdo damnosae".

[12] L. 8 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61. Diese Stelle spricht zunächst nur von Erbschaften, welche dem Kinde anerfallen, aber daß sie für jeden Erwerb überhaupt verfügen will, zeigt das princ. Zum Zweck der Abtragung neu gemachter Schulden ist dem Vater die Veräußerung nicht gestattet; er soll eben solche Schulden nicht machen. Vgl. übrigens auch Fritz Arch. f. civ. Pr. XI S. 30. Ueber das Haftungsverhältniß, wenn bei Schulden der ersten Art auch ein pec. adventicium extraordinarium oder castrense oder quasi castrense vorhanden ist, vgl. dens. das. S. 37—41.

wiederkehrenden Leistungen bestehen, in welchem Fall der Vater sie aus den Einkünften bestreiten muß[13].[14] — Andererseits ist auch das Kind zu Veräußerungen des adventicischen Vermögens nicht anders als mit Einwilligung des Vaters befugt[15], und zu letzwilligen Verfügungen nicht einmal mit dieser[16].

3. Das Genußrecht des Vaters fällt weg[17]: a) wenn dem Kinde von einem Dritten etwas mit dieser Bestimmung zugewendet wird[18]; b) wenn der Vater zu einem von dem Kinde zu machenden Erwerb seine Zustimmung verweigert[19]; c) wenn das Kind mit dem Vater zusammen gesetzlicher Erbe eines Geschwisters wird[20]. — In diesen Fällen hat das Kind das Erworbene zu vollem Recht[21]; nur kann es darüber nicht letztwillig verfügen[22],

---

[13] L. 8 §. 4 C. cit.: — „si quidem tales reditus sunt, qui sufficiunt ad annalia legata, pater ex huiusmodi reditibus hoc dependere compelletur".

[14] Daß der Vater auch durch die Zustimmung des Kindes die Befugniß zu Veräußerungen erlangt, sagen die Quellen nicht ausdrücklich, weil sie es als selbstverständlich voraussetzen. Die Gründe, aus welchen Marezoll S. 405 fg. und Vangerow S. 439 diesen Satz leugnen, halte ich nicht für stichhaltig. Vorausgesetzt wird natürlich Handlungsfähigkeit des Kindes, oder Ergänzung derselben, wie sie bei einem nicht unter väterlicher Gewalt Stehenden erforderlich sein würde. Für die hier vertheidigte Meinung auch Seuff. Arch. VIII. 60. — Das Erkenntniß bei Seuff. Arch. III. 335 nimmt an, daß dem Vater auch dann Veräußerung erlaubt sei, wenn sie dem Kinde zu „merklichem Nutzen" gereiche.

[15] L. 8 §. 5 C. de bon. quae lib. 6. 61. Daher haftet auch das adventicische Vermögen nicht für die von dem Kinde neu gemachten Schulden. Fritz Arch. f. civ. Pr. XI S. 29, vgl. aber auch S. 31.

[16] L. 8 §. 5 C. cit., l. 11. 12 C. qui test. 6. 22.

[17] S. g. peculium adventicium extraordinarium oder irregulare. Marezoll S. 409—446, v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 11, Vangerow I §. 237.

[18] Nov. 117 c. 1. Seuff. Arch. III. 71. 343, XII. 43.

[19] L. 8 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61.

[20] Nov. 118 c. 2. — S. noch §. 509 Note 20 a. E. — Ueber die, jedenfalls heutzutage unpraktische, Nov. 134 c. 11 s. Marezoll S. 418—423, v. Buchholtz S. 303—309. — Viele lassen auch in dem Falle der l. 50 D. ad SC. Treb. 36. 1 ein pec. adventicium extraordinarium entstehen; vgl. §. 516 Note 8. — Ueber noch andere Fälle desselben, welche man aufgestellt hat, s. Marezoll S. 423—426, v. Buchholtz S. 310—333, Vangerow S. 443, Sintenis Anm. 47.

[21] Daher kann das pec. adventicium extraordinarium auch wegen der Schulden des Kindes angegriffen werden. Rechtsverhältniß den Gläubigern

und im zweiten der genannten Fälle ist ihm auch zur Prozeßführung die väterliche Zustimmung in dem oben bei Nr. 1 z. E. angeführten Maße erforderlich, so jedoch, daß der Vater zu dieser Zustimmung richterlich genöthigt werden kann[23]. Bedarf das Kind eines Vormundes, so ist im ersten Falle zunächst darauf zu sehen, ob nicht der Zuwendende einen Vermögensverwalter bezeichnet hat; ist dieß nicht der Fall, oder lehnt der Bezeichnete ab, so hat die Obrigkeit in der Ernennung des Vormundes freie Hand[24]. In den beiden letzten Fällen wird zunächst der Vater zur Vormundschaft berufen; lehnt derselbe ab, so tritt obrigkeitliche Berufung ein[25].

c. Einräumung eines Sondergutes.

§. 518.

Wenn der Vater dem Kinde etwas aus seinem Vermögen zum factisch selbständigen Haben überläßt[1], so haftet er aus den

---

gegenüber, wenn das Kind zugleich ein pec. castrense oder quasi castrense hat: Fritz Arch. f. civ. Pr. XI S. 34—37. — Vgl. noch Seuff. Arch. XII. 44.

22 Doch ist dieser Punkt bestritten. Vgl. Vangerow III §. 428 Anm. Nr. II und die daselbst Citirten.

23 L. 8 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61, welche Stelle nothwendigerweise denselben Sinn haben muß, wie §. 3 eod. (Note 7). Auch hier sind übrigens die Ansichten verschieden. S. auf der einen Seite Marezoll S. 442, Vangerow I §. 237 Anm. 2 Nr. 2, Sintenis a. a. O. Anm. 50, auf der anderen v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XI S. 180, v. Buchholtz S. 285.

24 Nov. 117 c. 1. Der Zuwendende kann ausnahmsweise auch die verheirathete Mutter und Großmutter durch seine Bezeichnung zur Vormundschaft fähig machen. S. jedoch auch Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVI S. 81—86. Sintenis Anm. 52 läßt, wenn der Zuwendende keine Bestimmung getroffen hat oder der Ernannte ausschlägt, den Vater als Vormund eintreten, mit Berufung auf l. 7 pr. C. de cur. fur. 5. 70; aber Nov. 117 c. 1 cit. spricht zu bestimmt. Vgl. noch Seuff. Arch. III. 344.

25 L. 8 §. 1 C. de bon. quae. lib. 6. 61, l. 7 pr. C. de cur. fur. 5. 70. Vgl. §. 432 Note 5.

§. 518. 1 Das eigentliche peculium, das einzige vor der Entstehung des pec castrense oder quasi castrense (§. 516 Note 2), von den Neueren im Gegensatz zu dem s. g. peculium adventicium (§. 516 Note 10) peculium profecticium genannt. — Ueber die Ansicht, daß die römischen Grundsätze über dieses peculium heutzutage unanwendbar seien, s. §. 484 Note 4.

Verpflichtungen des Kindes bis zum Belange des Ueberlassenen. Hiervon ist bereits in §. 484 gehandelt worden. Dagegen ist das Kind zu Veräußerungen des Ueberlassenen nicht ohne Weiteres befugt[2]; es bedarf dazu einer besonderen Gestattung des Vaters. Dieselbe kann aber auch stillschweigend gegeben werden, und liegt namentlich in der Einräumung der Verwaltung des Ueberlassenen[3]; nur wird eine solche Einräumung regelmäßig nicht dahin ausgelegt werden dürfen, daß dem Kinde auch Schenkungen erlaubt sein sollen[4]. — Andere rechtliche Wirkungen der Ueberlassung eines Sondergutes sind:

1) daß der Vater durch das Kind ohne sein Wissen und Willen Besitz erwirbt[5];

2) daß das Sondergut dem Kinde als eigenes Vermögen bleibt, wenn der Vater es bei der Emancipation nicht zurücknimmt[6]; und ebenso

---

[2] Vgl. hierzu und zum Folgenden überhaupt Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V S. 200 fg. 232 fg.

[3] L. 46 D. de pec. 15. 1, l. 48 §. 1 eod., l. 28 §. 2 D. de pact. 2. 14, l. 34 pr. (vgl. l. 16. 23. 25) D. de nov. 46. 2, l. 84 D. de sol. 46. 3, l. 52 §. 26 D. de furt. 47. 2, l. 10 C. quod cum eo 4. 26. Wenn in einigen dieser Stellen als Voraussetzung der Veräußerungsbefugniß nicht „administratio" überhaupt, sondern „libera administratio" bezeichnet wird, so soll damit nur gesagt sein, daß bei der Einräumung der Verwaltung die Veräußerungsbefugniß nicht ausdrücklich müsse entzogen worden sein. In anderen Stellen wird denn auch von administratio schlechthin, in noch anderen von administratio und libera administratio abwechselnd gesprochen. S. z. B. l. 28 §. 2 D. de pact. 2. 14, l. 3 §. 2 D. de SC⁰ Mac. 14. 6, l. 48 D. de pec. 15. 1. — Auch die Einräumung der Verwaltung selbst kann stillschweigend geschehen. L. 7 §. 1 D. de pec. 15. 1 steht nicht entgegen; diese Stelle will nur sagen, daß die Einräumung der Verwaltung eine Willenserklärung überhaupt voraussetze. Vgl. auch §. 354 Note 15.

[4] L. 28 §. 2 D. de pact. 2. 14, l. 1 §. 1 D. quae res pign. 20. 2, l. 7 pr. — §. 5 D. de don. 39. 5, l. 52 §. 16 D. de furt. 47. 2. Regelmäßig: l. 7 §. 1. 3 D. de don. 39. 5. Den Schenkungen stehen gleich andere Veräußerungen, durch welche ein bloßer Vermögensverlust herbeigeführt wird: l. 3 §. 2 D. de SC⁰ Mac. 14. 6.

[5] S. I §. 155 Note 11. D. h. näher: es wird dem Vater aus dem Besitz des Kindes das Besitzesrecht gegeben (I §. 148 Note 10).

[6] Dieser Satz wird durch die gewöhnlich dafür angeführten l. 31 §. 2 D. de don. 39. 5 und l. 17 C. eod. 8. 54 nicht bewiesen: diese Stellen sprechen nur von der Convalescenz der Schenkung durch Nichtzurücknahme

3) wenn das Vermögen des Vaters vom Fiscus wegen Schulden mit Beschlag belegt wird[7.8]

d. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen zwischen Vater und Kind.

§. 519.

Eine Folge der im ursprünglichen römischen Rechte geltenden Vermögensunfähigkeit des Kindes in väterlicher Gewalt war auch die, daß weder durch Rechtsgeschäfte noch durch andere juristische Thatsachen eigentliche Rechtsverhältnisse zwischen dem Vater und dem Kinde erzeugt werden konnten[1]; bloß im natürlichen Sinne konnte von einer Verbindlichkeit zwischen ihnen die Rede sein[2], und nur in außerordentlichen Fällen griff die Gerichtsobrigkeit

---

der Schenkung bez. des Peculium (vgl. §. 484 Note 1. 4 a. E.). Aber er folgt aus der Analogie des bei der Freilassung eines Sclaven Geltenden (§. 20 I. de leg. 2. 20, l. 53 D. de pec. 15. 1, Vat. fr. 261), und ist direct anerkannt in Vat. fr. 260. Die Beschränkung in Betreff der Ansprüche, welche l. 53 cit. und Vat. fr. 260 hinzufügen, hat nur historische Bedeutung (§. 329 Note 6). — Nichtzurücknahme des peculium bis zum Tode des Vaters bewirkt nur, daß die dem Kinde vom Vater gemachte Schenkung (derjenige Theil des peculium, welcher es durch Schenkung des Vaters an das Kind geworden ist) an das Kind fällt, s. §. 516 Note 17 und l. 12 C. de coll. 6. 20, §. 20 I. de leg. 2. 20, Vat. fr. 261. Marezoll a. a. O. S. 241 fg.

7 L. 3 §. 4 D. de min. 4. 4. Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 4, Marezoll a. a. O. S. 244 fg.

8 Eine fernere in diesen Zusammenhang gehörige, aber heutzutage nicht mehr anwendbare Bestimmung in Nov. 81 c. 1. Marezoll Arch. f. civ. Pr. VIII S. 281—284.

§. 519. 1 §. 6 I. de inut. stip. 3. 19, l. 2 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 50 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 7 D. de O. et A. 44. 7, l. 16 l. 17 pr. D. de furt. 47. 2. Das Kind konnte dem Vater gegenüber nicht berechtigt sein, weil es überhaupt nicht berechtigt sein konnte; es konnte dem Vater gegenüber nicht verpflichtet sein, weil sein Wille bereits in seiner Totalität dem Vater unterworfen war. S. über die verschiedenen Auffassungen: v. d. Pfordten Abhandlungen S. 113 fg., Rudorff krit. Jahrb. f. deutsche RW. 1842 S. 17 fg., Schwanert Naturalobligat. S. 311 fg., Sintenis III §. 141 Anm. 3.

2 S. unten Nr. 2.

kraft ihrer Machtvollkommenheit auch zwangsweise ein[3]. Ebenso wenig war ein Rechtsstreit zwischen Vater und Kind möglich[4]. — Mit der Anerkennung der Vermögensfähigkeit des Kindes ist auch diese Folge weggefallen. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen haben jetzt der Regel nach zwischen Vater und Kind die gleiche Wirkung, wie zwischen Personen, welche durch väterliche Gewalt nicht verbunden sind[5], und nur folgende Ausnahmen gelten.

1. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen, welche darauf gerichtet sind, das Kind aus dem Vermögen des Vaters schlechthin reicher zu machen, erzeugen gar keine juristische Wir-

---

[3] L. 5 §. 1 D. de agnosc. 25. 3, l. 19 D. de R. N. 23. 2. Vgl. l. 16 §. 11 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 32 pr. l. 33 D. de adopt. 1. 7, l. 92 D. de cond. 35. 1; l. 16 D. de ann. 33. 1, l. 17 D. de alim. 34. 1.

[4] L. 4. 11 D. de iud. 5. 1, l. 7 §. 3 D. de iniur. 47. 10.

[5] Dieß ist in den Quellen ausdrücklich anerkannt für das peculium castrense, l. 4 D. de iud. 5. 1, l. 2 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 42 §. 3 D. de acq. her. 29. 2, l. 52 §. 4—6 D. de furt. 47. 2, l. 15 §. 1. 2 D. de castr. pec. 49. 17, l. 2 D. de SC^{0} Mac. 14. 6. Es ist zwar nicht anerkannt für den adventicischen Erwerb; aber der Grund davon kann nur in der Nachlässigkeit der Compilatoren, oder darin gefunden werden, daß sie die Mühe der Aenderung gescheut haben. In der That ist nach dem neuesten römischen Recht das Kind in väterlicher Gewalt als solches, abgesehen von Ausnahmefällen, ganz in gleichem Grade vermögensfähig, wie es in früherer Zeit nur der filiusfamilias miles war, — ja in noch höherem Grade, da ja das pec. castrense der Strenge des Rechtes nach nicht aufhörte, Vermögen des Vaters zu sein; folglich müssen auch Rechtsverhältnisse zwischen dem Kinde als solchem und dem Vater in derselben Weise möglich sein, wie sie bereits früher zwischen dem filiusfamilas miles und dem Vater möglich waren. Man darf auch nicht entgegnen, daß nach neuestem Recht zwischen dem Vater und dem Kinde als solchem Rechtsverhältnisse jedenfalls nur ex causa adventicia möglich seien, wie früher zwischen dem Vater und dem filiusfamilias miles nur ex causa castrensi (l. 15 §. 1. 2 D. de castr. pec. 47. 17): denn causa adventicia ist eben eine jede, die nicht castrensis oder ex re patris ist (Note 6). Uebrigens hat auch das römische Recht die Nothwendigkeit der causa castrensis für den filiusfamilas miles in Betreff der Verpflichtungen desselben nicht festgehalten, l. 52 §. 5 D. de furt. 47. 2. — Das hier Gesagte ist jedoch weit davon entfernt, allgemein anerkannt zu sein. Andere, und unter den Civilisten wohl die Meisten, bleiben bei dem unmittelbaren Inhalt des römischen Rechts stehen. S. die Citate §. 289 Note 27. Aus der Praxis: Seuff. Arch. I. 353, XIV. 44, XVII. 255; III. 33, XIII. 267; VII. 195, IX. 44. 304, XV. 30. Kierulff Sammlung der Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I S. 109 (88).

kung[6]. Doch kann in dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts zu dem bezeichneten Zwecke möglicherweise die Einräumung eines Sondergutes, oder die Vermehrung eines eingeräumten liegen[7].

2. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen, welche eine spezielle Beziehung auf ein dem Kinde eingeräumtes Sondergut haben, erzeugen nur eine natürliche Verbindlichkeit, welche, an das Sondergut gebunden[8], ihre Wirkung darin zeigt, daß sie: a) bei der Berechnung des Sonderguts activ und passiv berücksichtigt werden muß[9]; b) daß sie eine genügende Grundlage für Bürgschaft, Pfandrecht, Erfüllungsversprechen und Novation bildet[10].

II. Geltendmachung der älterlichen und Kindesrechte.

§. 520.

1. Ihre Erziehungsgewalt den Kindern gegenüber setzen die Aeltern durch eigene Macht durch; im Nothfall können sie zunächst den Richter um Unterstützung anrufen[1]. — Die vermögensrecht-

---

[6] S. §. 516 Nr. 3. Ueber die Meinung, welche für das heutige Recht auch diese Beschränkung fallen lassen will, s. §. 484 Note 2 u. 4.

[7] S. §. 484 Note 2 u. 4 a. E.

[8] L. 38 pr. §. 1. 2 D. de cond. ind. 12. 6. Vgl. §. 289 Note 27. Die Ansicht v. d. Pfordten's Abhandl. S. 184 fg., daß §. 2 cit. die Forderung des Kindes an seine Person, nicht an das Peculium anknüpfe, ist gewiß ungegründet; s. dawider auch Sintenis §. 142 Note 19. L. 64 D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 D. de O. et A. 44. 7 sind von dem Falle des Nichtvorhandenseins eines Peculium zu verstehen.

[9] S. darüber §. 289 Note 6.

[10] Dieß ist oben, an dem in der vorigen Note genannten Orte, mit Unrecht übergangen worden. L. 3 §. 7 D. de pec. 15. 1 (vgl. §. 1 I. de fidei. 3. 20, l. 56 §. 1 D. de fidei. 46. 2, l. 34 §. 8 D. de sol. 46. 3) erkennt ausdrücklich die Möglichkeit der Bürgschaft für eine Peculiarschuld an, und dieselbe hat ja auch guten Sinn, da sie dem Vater ein Mittel gewährt, sich zu verschaffen, was er sonst nicht erhalten würde. Nach Analogie der Bürgschaft muß auch Verpfändung, Erfüllungsversprechen, Novation für rechtlich wirksam erachtet werden. S. auch l. 11 §. 1 D. de pec. 15. 1. — Bürgschaft für eine Peculiarforderung hat rechtliche Wirksamkeit nicht, da der Vater hier Gläubiger und Schuldner in Einer Person ist, l. 56 §. 1 cit.

§. 520. [1] L. 3 C. de patr. pot. 8. 47. Vgl. übrigens auch Kraut Vormundsch. II S. 621—622.

lichen Ansprüche der Aeltern gegen die Kinder und umgekehrt werden in der gewöhnlichen Weise durch Klage geltend gemacht[2]. — Auch dann tritt richterliche Cognition ein, wenn das Verhältniß von der einen oder der anderen Seite bestritten ist[3]. — Für das Kind kann auch die Mutter auf Anerkennung und Alimentation klagen[4]. Dabei gilt folgendes Besondere: wenn eine Frau nach der Scheidung sich schwanger fühlt und dieß dem Manne binnen eines Monats anzeigt, und der Mann darauf weder die Schwangerschaft bestreitet, noch der Frau eine Aufsicht bestellt, so kann die Frau für das von ihr geborene Kind trotz der Nichtanerkennung des Mannes Alimente verlangen, bis dieser nachweist, daß das Kind nicht sein Kind sei[5].

2. Den Aeltern erwächst aus dem älterlichen Verhältnisse auch gegen Dritte, welche ihnen ihre Kinder gegen deren Willen vorenthalten, ein durch Klage geschützter Anspruch auf Herausgabe der Kinder[6].

---

[2] S. z. B. l. 5 pr. D. de agnosc. 25. 3.

[3] L. 3 §. 4 D. de lib. exh. 43. 30, l. 1 §. 2 D. de R. V. 6. 1; l. 4 D. de lib. exh., l. 1 C. eod. 8. 8; l. 3 §. 2 D. de iurei. 12. 2, l. 8 D. de prob. 22. 3.

[4] L. 1 §. 16 l. 2 l. 3 D. de agnosc. 25. 3.

[5] Nach der Vorschrift des SC. Plancianum, l. 1 D. de agnosc. 25. 3. Glück XXV S. 86—106, Sintenis III S. 87—88. Der Ausdruck der Quellen ist: der Mann werde zur Anerkennung gezwungen, jedoch nur was die Alimentation angehe, §. 4. 14. 15 l. cit. Daß der Mann dieser Nothwendigkeit entgeht durch Bestreitung der Schwangerschaft oder Bestellung einer Aufsicht: §. 4 l. c.; §. 11 eod. sagt nicht das Gegentheil, und ebenso wenig Paul. S. R. II. 24 §. 5, in welcher Stelle die richtige Lesart ist „quo omisso" (statt „quibus missis", s. die Huschke'sche Ausgabe). A. M. Glück S. 99, Sintenis Anm. 21. Möglichkeit für den Mann, sich auch von der Alimentationsverbindlichkeit durch Gegenbeweis zu befreien: l. 6 h. t. Anzeige binnen eines Monats nach der Scheidung: §. 7. 9. 10 l. c. Durch Zurückweisung der vom Manne bestellten Aufsicht verliert die Frau wieder den bezeichneten Vortheil: §. 6 l. c. Daß die unterlassene Anzeige dem Kinde keinen weiteren Schaden bringt: §. 6. 8. 13. 15 l. c.

[6] Das römische Recht stellte zu diesem Ende dem Inhaber der patria potestas sowohl eine rei vindicatio zu Gebot (l. 1 §. 2 D. de R. V. 6. 1), als zwei Interdicte, de liberis exhibendis und de liberis ducendis, von denen das zweite das erste ergänzt, — Dig. 43. 30, Cod. 8. 8. Der Mutter wurde „ad instar" dieser Interdicte geholfen, l. 2. 3 C. tit. cit. Befugniß des Richters,

3. Fürchtet ein Mann nach der Scheidung, daß die Frau ihm ein Kind, mit welchem sie schwanger geht, entziehe, so kann er verlangen, daß die Frau eine von ihm bestellte Aufsicht annehme, und wenn die Frau die Schwangerschaft bestreitet, daß die Schwangerschaft durch Sachverständige festgestellt werde. Die Weigerung der Frau wird durch Geldstrafen und Pfändung gebrochen[7].

III. Entstehung der älterlichen und Kindesrechte.

A. Durch Geburt.

§. 521.

Ein Kind hat zur Mutter die Frau, welche es geboren hat, zum Vater den Ehemann der Mutter zur Zeit der Conception. Daraus folgt, daß uneheliche Kinder keinen Vater haben[1]. Hiervon gilt jedoch nach der Vorschrift des canonischen Rechts eine Ausnahme für die aus einer putativen Ehe geborenen Kinder[2].

Ist der Vater eines Kindes selbst noch der väterlichen Gewalt unterworfen, so stehen die Rechte der väterlichen Gewalt nicht dem Vater des Kindes zu, sondern dem Vater 2c. des Vaters[3].

---

bei Impubertät des Kindes den Prozeß bis zur erreichten Pubertät auszusetzen: l. 3 §. 4 D. tit. cit. Möglichkeit provisorischer Verfügung für die Dauer des Prozesses: l. 3 §. 6 eod.

[7] L. 1 pr. — §. 9 D. de inspiciendo ventre custodiendoque partu 25. 4. Glück XXVIII S. 301—311. — Zu Vorsichtsmaßregeln gegen den umgekehrten Fall der Unterschiebung eines Kindes ist der Mann nur nach dem Recht des SC. Plancianum befugt, s. Note 5 und speciell l. 1 §. 6 D. de agnosc. 25. 3. Dagegen ist noch eine besondere Vorschrift zu Gunsten der Erben des Mannes gegeben: sie können verlangen, daß die Wittwe, welche schwanger zu sein behauptet, sich untersuchen lasse (römisches Recht: durch Frauen, aber „dum ne qua earum dum inspicit invita muliere ventrem tangat"!) und sich bei der Geburt einer genau vorgeschriebenen Beaufsichtigung unterwerfe, — bei Strafe des Verlustes der missio ventris nomine für sich und der bonorum possessio Carboniana für das Kind. L. 1 §. 10—15 l. 2 D. de insp. ventre 25. 4. Glück XXXVIII S. 312—329.

§. 521. [1] S. I §. 56b Note 1—4.

[2] S. a. a. O. Note 5.

[3] L. 4. 5 D. de his qui sui 1. 6, pr. I. quib. mod. ius 1. 12.

B. Durch Legitimation*.

§. 522.

Die Legitimation ist ein Mittel, durch welches der Erzeuger eines unehelichen Kindes[1] demselben die rechtliche Stellung eines ehelichen verschaffen kann. Die Legitimation kann erfolgen:[2] 1) durch Eingehung der Ehe mit der Mutter, vor oder nach der Geburt des Kindes, vorausgesetzt jedoch ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung desselben[3]; 2) wenn der Vater keine

---

* Glück II S. 279—338, Heimbach in Weiske's RLex. XII S. 17 fg. §. 522.

[1] Ueber die Streitfrage, ob nach römischem Recht die Legitimation bloß bei Concubinenkindern zulässig gewesen sei, oder auch bei anderen unehelichen Kindern, s. Schneider Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XII S. 336—369, Vangerow §. 254 Anm. Es ist schwer zu begreifen, wie diese Frage dem Hauptgesetz in unserer Lehre, der Nov. 89, gegenüber nur hat aufgeworfen werden können. In diesem Gesetz ist mit vollkommener Deutlichkeit entschieden, daß die leg. per oblationem curiae bei allen unehelichen Kindern zulässig sein solle (c. 1 pr. c. 2 sqq.), dagegen die leg. per subsequens matrimonium und die sich daran anschließende leg. per rescriptum principis nur bei Concubinenkindern (c. 8—10). Für das heutige Recht ist diese Beschränkung durch den Wegfall des Concubinats als Rechtsinstituts, und durch c. 1. 6. 13 X. qui filii sint legitimi 4. 17 beseitigt.

[2] Außer den im Folgenden genannten Legitimationsarten kannte das römische Recht noch eine legitimatio per oblationem curiae, Nov. 89 c. 2—4. S. über dieselbe Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. I. 2 §. 219 Note 20 fg. und die daselbst Citirten, Schirmer röm. Erbr. I §. 12 Note 7. Ueber die s. g. legitimatio per nuncupationem s. Note 7.

[3] L. 10. 11 C. de nat. lib. 5. 27, Nov. 74 pr., 89 c. 8. Ueber §. 13 i. f. I. de nupt. 1. 10, welche Stelle jedenfalls keinerlei sachliche Schwierigkeit zu erregen geeignet ist, s. Vangerow §. 255 Anm. 3. — „Vor der Geburt des Kindes": das Kind wird in der Ehe geboren, aber ist vor der Ehe concipirt. Dieser Fall wird sowohl in l. 11 C. cit., als in Nov. 89 c. 8 ausdrücklich berücksichtigt. — Das römische Recht verlangt für die Ehe dotalia instrumenta; heutzutage genügt die nach heutigem Recht vorgeschriebene Form der Ehe. Glück S. 301 fg. — In Betreff der Anerkennung s. noch Sintenis III §. 138 Anm. 47. — Daß durch nachfolgende Ehe auch Kinder legitimirt werden können, welche aus Ehebruch geboren sind, ist nicht allgemein anerkannt. Der Zweifelsgrund liegt in c. 6 X. qui filii sint leg. 4. 17, welche Stelle sich aber vollkommen daraus erklärt, daß nach dem Rechte ihrer Zeit die Ehe zwischen Ehebrecher und Ehebrecherin verboten war. S. namentlich Dieck Beiträge zur Lehre von der nachfolgenden Ehe S. 143 fg., auch

ehelichen Kinder hat, durch Erwirkung eines landesherrlichen Rescripts[4]. Hat der Vater in seinem Testamente erklärt, das Kind solle ehelich und sein Erbe sein, so kann auch das Kind selbst nach dem Tode des Vaters ein solches Rescript erwirken[5]. In allen anderen Fällen setzt die Legitimation Nichtwiderspruch des Kindes voraus[6].

Die bloße Anerkennung macht das uneheliche Kind nicht zu einem ehelichen[7].

Vangerow §. 255 Anm. 2. Seuff. Arch. I. 352, V. 188, XIII. 43, XV. 227, XVIII. 261. — Ueber die sehr willkührliche Meinung, daß die Legitimation durch nachfolgende Ehe ausgeschlossen sei, wenn die Ehe zwischen den Aeltern nicht zur Zeit der Zeugung möglich war, s. Thibaut Versuche I. 10, Vangerow §. 255 Anm. 1.

[4] Nov. 74 pr. c. 1. 2, 89 c. 9. Diese Legitimationsart ist auf den Fall berechnet, daß die Ehe mit der Mutter dem Manne nicht möglich, oder nicht zuzumuthen ist. Daß sie Abwesenheit ehelicher Kinder voraussetze, ist in den genannten Gesetzen ausdrücklich bestimmt. Wie aber, wenn der Landesherr sich über dieses Erforderniß hinwegsetzt? Für die Gültigkeit einer solchen Legitimation sind Glück S. 311. 317 fg., Puchta §. 440, Arndts §. 421 Anm. 3, Vangerow §. 256 Anm. 1, Sintenis III §. 138 Anm. 51, Schirmer röm. Erbr. I §. 12 Note 5. Aber diese Meinung ist m. E. nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt, daß der Landesherr ein unbeschränktes Gesetzgebungsrecht hat. — Zulässigkeit dieser Legitimation bei adulterini: Seuff. Arch. III. 65, XIII. 42, XIV. 239. — Ueber die s. g. legitimatio minus plena, durch welche bloß der Makel unehelicher Geburt weggenommen werden soll, s. Glück S. 284—285. 321—323.

[5] Nov. 74 c. 2, 89 c. 10; s. g. legitimatio per testamentum. Dieselbe ist aber nicht mehr ein Mittel zur Begründung von älterlichen und Kindesrechten, sondern nur ein Mittel zur Begründung von Erbrecht. Vgl. Marezoll Zeitschr f. Civ. u. Pr. I S. 78—93; dazu aber auch Vangerow §. 256 Anm. 2, Sintenis Anm. 49.

[6] Nov. 89 c. 11. C. 6 X. qui filii sint leg. 4. 17. hat das römische Recht nicht abändern, sondern wiederholen wollen.

[7] Man hat auf Nov. 117 c. 2 eine s. g. legitimatio per nuncupationem gegründet. Aber diese Stelle spricht jedenfalls nicht von der Erklärung, daß das Kind von dem Erklärenden erzeugt sei, sondern von der Erklärung, daß das Kind von dem Erklärenden in der Ehe erzeugt sei; und sie behandelt diese Erklärung nicht als Dispositon, sondern als Zeugniß (testimonium, μαρτυρία), weßwegen sie auch die zu Gunsten Eines Kindes abgegebene Erklärung allen zu Gute kommen läßt, und hinzufügt, daß durch die Erklärung zu Gunsten des Kindes auch der Beweis der Ehe hergestellt sei. A. M. noch jetzt, jedoch nicht für das heutige Recht, Schirmer röm. Erbr. I §. 12 Note 6. Seuff. Arch. V. 189.]

C. Durch Adoption*.

1. Begriff und Erfordernisse.

§. 523.

Adoption ist Annahme an Kindes Statt[1]. Die Adoption eines Menschen, welcher nicht unter väterlicher Gewalt steht, heißt speciell Arrogation[2].

1. Die Arrogation geschieht durch landesherrliches Rescript[3], die Adoption im engeren Sinne durch Rechtsgeschäft zwischen dem Inhaber der väterlichen Gewalt und dem Adoptivvater, welches Rechtsgeschäft in Gegenwart des Kindes zu gerichtlichem Protokoll erklärt werden muß[4]. Bei der Arrogation ist ausdrückliche Zustimmung des Kindes bez. seines Vormundes erforderlich; bei der Adoption im engeren Sinn genügt Nichtwiderspruch[5].

2. Die materiellen Erfordernisse der Adoption sind folgende[6].

---

* Inst. 1. 11 de adoptionibus. Dig. 1. 7 de adoptionibus *cet.* Cod. 8. 48 de adoptionibus. — Schmitt die Lehre von der Adoption (1825). Glück II S. 339—391; Sintenis III §. 139. §. 523.

[1] Nach ihrer ursprünglichen Bedeutung im römischen Recht ist die Adoption nicht ein Mittel zur Begründung des Kindesverhältnisses schlechthin, sondern ein Mittel zur Begründung der väterlichen Gewalt. Das spätere römische Recht kennt aber Fälle, in denen durch die Adoption Kindesverhältniß ohne väterliche Gewalt begründet wird. Andererseits kann auch noch nach neuestem römischem Rechte Jemand, welcher bereits Kind ist, zum Zweck der Begründung der väterlichen Gewalt adoptirt werden, l. 12. 41 D. h. t. Aus diesen Gründen läßt sich eine erschöpfend richtige Definition der Adoption ohne große Weitläufigkeit nicht geben. — Der Ausdruck: Annahme an Kindes Statt ist im weiteren Sinne zu verstehen; es kann Jemand auch als Enkel adoptirt werden. L. 6. 10. 11. 37. 43. 44 D. h. t., l. 23 §. 1 D. de lib. et post. 28. 2. — Die Adoption ist heutzutage seltener als bei den Römern; aber sie ist nicht unpraktisch. Vgl. Glück S. 389 fg., Kraut Vormundsch. II S. 642.

[2] L. 1 §. 1 D. h. t.

[3] §. 1 I. h. t., l. 2 pr. D. h. t., l. 2. 6. 8 C. h. t. Aelteres Recht: Gai. I. 98. 99.

[4] L. 11 C. h. t. Erklärung des Willens durch einen Andern ist unzulässig, l. 25 §. 1 D. h. t. Vgl. noch Sintenis Anm. 21. — Aelteres Recht: Gai. I. 134. Vgl. Vangerow §. 251 Anm.

[5] L. 5. 8. 42 D. l. 11 C. h. t., l. 5 C. de auct. 5. 59.

[6] Vgl. v. Buchholtz Abhandlungen Nr. 15, Vangerow §. 249 Anm. 1.

a. Adoptiren können regelmäßig nur Männer: bloß ausnahmsweise wird Frauen die Adoption dann gestattet, wenn sie eigene Kinder gehabt und verloren haben; es bedarf dazu aber eines landesherrlichen Rescripts [7]. Adoptiren kann ferner Niemand, der seinerseits unter väterlicher Gewalt steht [8]. Sodann muß der Adoptirende um wenigstens 18 Jahre älter, als der zu Adoptirende [9], und darf nicht Castrat sein [10].

b. Nicht adoptirt werden können uneheliche Kinder [11].

c. Die Adoption kann nicht auf Zeit geschehen [12], und kann nicht wiederholt werden [13].

d. Die Arrogation [13a] speciell wird, abgesehen von besonderen Umständen, nicht bewilligt, wenn derjenige, welcher arrogiren will, eigene Kinder hat [14], oder noch in der Lage ist, sich eigene Kinder erzeugen zu können [15]; außerdem wird es nicht gestattet, mehr als Einen zu arrogiren [16]. Vor Allem aber wird darauf gesehen, ob nicht die Interessen des zu Arrogirenden unter der Arrogation leiden, und mit besonderer Sorgfalt wird diese Untersuchung

---

[7] L. 5 C. h. t., §. 10 I. h. t. L. 29 §. 3 D. de inoff. 5. 2 ist interpolirt. Vgl. überhaupt Lang Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 451—454.

[8] Es kann ihm aber mit seiner Zustimmung durch seinen Vater ꝛc. ein Enkel adoptirt werden, §. 7 I. h. t., l. 6. 10. 11 D. h. t.

[9] §. 4 I. h. t., l. 40 §. 1 D. h. t. Als Grund wird angegeben, daß „adoptio . . naturam imitatur". S. auch l. 16 D. h. t. Dieß ist aber kein durchgreifendes Princip, l. 2 §. 1 l. 30 l. 37 l. 40 §. 2 D. h. t.

[10] §. 9 I. h. t. Andere Zeugungsunfähige sind nicht ausgeschlossen, l. 2 §. 1 l. 40 §. 2 D. h. t. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. 1.

[11] Nov. 74. c. 3, Nov. 89 c. 7. c. 11 §. 2. Vangerow Nr. 5, Sintenis Anm. 18.

[12] L. 34 D. h. t.: — „nec enim moribus nostris convenit, filium temporalem habere".

[13] L. 37 §. 1 D. h. t. Vgl. l. 12 l. 41 eod., l. 23 pr. D. de lib. et post. 28. 2.

[13a] Gegen die Ausdehnung der im Folgenden genannten Bestimmungen auf die Adoption im engeren Sinne s. Vangerow §. 249 Anm. 1 a. E., Sintenis Anm. 24.

[14] L. 17 §. 3 D. h. t.

[15] Als Lebensgrenze wird das 60. Jahr bezeichnet. L. 15 §. 2 D. h. t., l. 17 §. 3 eod.

[16] L. 15 §. 3 D. h. t.

gepflogen, wenn es sich um die Arrogation eines Unmündigen handelt[17]–[18]

2. Wirkung.

§. 524.

Es ist zu unterscheiden zwischen der Adoption durch einen Mann, und der Adoption durch eine Frau.

1. Die Adoption durch einen Mann hat entweder die volle Wirkung, oder sie hat die volle Wirkung nicht[1].

a. Die volle Wirkung tritt ein: bei der Arrogation immer; bei der Adoption im engeren Sinne nur dann, wenn das Kind einem leiblichen Ascendenten in Adoption gegeben wird, ausgenommen jedoch wieder den Fall, wo der Enkel bei Lebzeiten seines Vaters in Adoption gegeben wird[2].

b. Die volle Wirkung der Adoption besteht darin, daß das Kind znm Vater in das rechtliche Verhältniß eines von ihm Erzeugten tritt[3]. Namentlich wird dadurch auch die väterliche

---

[17] Im Einzelnen wird gesehen: a) auf den Grund der Arrogation, und deßwegen wird speciell dem Vormund die Arrogation nicht vor abgelegter Vormundschaftsrechnung gestattet, §. 3 I. h. t., l. 17 pr. §. 1 vgl. l. 32 §. 1 D. h. t.; b) auf die Moralität desjenigen, welcher arrogiren will, sowie auf seine Vermögensverhältnisse, l. 17 §. 2. 4 D. h. t. — Die Quellen sprechen nur vom impubes; aber es ist gewiß gerechtfertigt, ihre Bestimmungen auf die minores zu übertragen, welche heutzutage ebenso nothwendig unter Vormundschaft stehen, wie die impuberes.

[18] L. 38 D. h. t. „Adoptio non iure facta a principe confirmari potest". L. 39 eod. Vgl. dazu Sintenis Anm. 34.

[1] S. g. adoptio plena — minus plena. Die adoptio minus plena ist erst durch Justinian in l. 10 C. h. t. eingeführt worden. §. 524.

[2] L. 10 C. cit., §. 2 I. h. t. S. darüber v. Löhr Magaz. f. RW. u. Gesetzgeb. III. 11, Lang Arch. f. civ. Pr. XXI S. 419 fg., Vangerow S. 250 Anm., Sintenis Anm. 20. Die im Text bezeichnete Ausnahme ist enthalten in §. 4 der cit. l. 10. Stirbt der Vater ꝛc. bei Lebzeiten des Enkels ꝛc., so wird dadurch die adoptio plena zu einer minus plena. Vgl. v. Löhr S. 393. 394, Lang S. 429 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 3. — Ueber die Frage, ob die Regel auch für den Fall gilt, wo der in Adoption gebende Vater selbst ein Adoptivvater ist, s. v. Löhr S. 391 Note 3, Büchel Streitfragen aus Nov. 118 S. 39 Note 6, Vangerow a. a. O. Nr. 2, Schirmer röm. Erbr. I §. 11 Note 10.

[3] Daher nimmt das Kind den Namen und Stand des Adoptivvaters an,

Gewalt mit den ihr eigenthümlichen vermögensrechtlichen Folgen begründet[4]. Doch vermag die Arrogation des Geschlechtsunreifen für den Fall daß derselbe vor erreichter Geschlechtsreife stirbt sein Vermögen denjenigen Personen nicht zu entziehen, welche es ohne die Arrogation erhalten haben würden, und der Vater muß für die Herausgabe des Vermögens an diese Personen Sicherheit stellen[5]. — Zu den Verwandten des Adoptivvaters tritt das Adoptivkind in ein Verwandtschaftsverhältniß, soweit sie Agnaten des Vaters sind[6], jedoch nur für die Dauer der Adoption[7].

---

l. 13 D. h. t. Jedoch: „per adoptionem dignitas non minuitur, sed augetur", l. 35 D. h. t. Vgl. Glück II S. 362. 390.

[4] Pr. §. 10 I. h. t., l. 2 §. 2 l. 15 pr. D. h. t., tit. I. de acquis. per arrogationem 3. 10. Ueber die Behauptung, daß bei der Adoption im engeren Sinne der Adoptivvater nicht den Nießbrauch am Vermögen des Kindes erwerbe (v. Wening-Ingenheim Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 17), Marezoll XIII S. 172 fg. 212 fg., Sintenis III §. 139 Anm. 39, Arndts §. 433 Anm. 4) s. Fuhr in Fuhr und Hoffmann civ. Versuche Nr. 2, Vangerow I §. 236 Anm. 3.

[5] L. 17 §. 5 — l. 22 D. h. t., §. 3 I. h. t. Dieser Satz war im älteren römischen Recht wichtiger, als er im neueren ist, wo das Vermögen des Arrogirten nicht mehr Eigenthum des Arrogirenden, sondern peculium adventicium wird. Doch ist er auch für das heutige Recht nicht ohne Bedeutung: er schließt jedes Erbrecht des Arrogirenden aus und bewirkt, daß derselbe das pec. adventicium nach dem Tode des Kindes unbedingt herausgeben muß (vgl. §. 525 Note 21); er hält eine von dem früheren Vater für das Kind gemachte Pupillarsubstitution aufrecht; er verpflichtet endlich den Arrogirenden zu einer Sicherheitsleistung, von welcher der Vater sonst frei ist (§. 517 Note 4). — Die Sicherheit (Bürgschaft) wurde nach römischem Recht „personae publicae, h. e. tabulario" (§. 3 I. h. t., vgl. l. 18 D. h. t. und l. 3 C. de tabul. 10. 69, Schirmer röm. Erbr. I §. 11 Note 18), heutzutage wird sie dem Gericht bestellt. Vgl. auch Schirmer a. a. O. S. 203. 204. — Ueber den Anspruch des arrogirten impubes auf die s. g. quarta D. Pii s. das Erbrecht.

[6] L. 23 D. h. t., l. 1 §. 4 D. unde cogn. 38. 8, l. 4 §. 10 D. de gradibus 38. 10. Sintenis Anm. 35 läßt das Adoptivkind in Verwandtschaft nur zu den in der Gewalt des Adoptivvaters befindlichen Descendenten desselben treten. S. dagegen Arndts §. 425 Anm. 1, Schirmer röm. Erbr. I §. 12 Note 26.

[7] L. 13 D. h. t., §. 10 I. de her. quae ab int. 3. 1., Gai. II. 136. Anders in Betreff der Eheverbote: l. 14 pr. §. 1 l. 55 pr. D. de R. N. 23. 2. Vgl. auch Schirmer röm. Erbr. I §. 11 Note 27.

c. Wo die Adoption nicht die volle Wirkung hat, erzeugt sie zwischen dem Adoptivvater und dem Adoptivkinde nicht das Verhältniß der väterlichen Gewalt, sondern nur ein natürliches Kindesverhältniß, welches aber kein Notherbenrecht des Adoptivkindes gegen den Adoptivvater, und zwischen dem Adoptivkinde und den Verwandten des Adoptivvaters kein für das Erbrecht irgendwie in Betracht kommendes Verwandtschaftsverhältniß begründet[8].

2. Die Adoption durch eine Frau bringt das Kind in die rechtliche Stellung eines von ihr geborenen Kindes, begründet aber kein Verwandtschaftsverhältniß zwischen dem Adoptivkinde und ihren Verwandten[9].

IV. Beendigung der älterlichen und Kindesrechte.

§. 525.

1. Die Pflicht der Kinder zur Ehrfurcht und Pietät gegen die Aeltern dauert fort, so lange die Aeltern leben. Ebenso

---

[8] L. 10 C. h. t. Diese Stelle steht ganz auf dem erbrechtlichen Standpunkt, und nur in Zusammenhang mit dem, was sie über das Erbrecht bestimmt, fügt sie hinzu, daß der minus plene adoptatus nicht für den Adoptivvater, sondern für den leiblichen Vater erwerben solle, wie er ja auch in seiner Familie das volle Erbrecht behalte. Daß zwischen ihm und dem Adoptivvater kein Respectsverhältniß eintreten solle, hat sie gewiß nicht bestimmen wollen, und deßwegen ist auch nicht anzunehmen, daß sie die gegenseitige Alimentationsverbindlichkeit hat ausschließen wollen; ebenso wenig wahrscheinlich ist es, daß sie das Adoptivkind der Erziehungsgewalt des Adoptivvaters hat entziehen wollen, womit doch offenbar gegen die Intention der Parteien verstoßen werden würde. S. auch Burchardi Arch. f. civ. Pr. VIII S. 183, Sintenis III S. 127. Daß die adoptio minus plena ein Ehehinderniß in gleichem Maße begründet, wie die adoptio plena, führt aus Lang Arch. f. civ. Pr. XXI S. 419 fg.

[9] Das Erste folgt aus l. 5 C. h. t.: — „et eum perinde atque ex te progenitum ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus". Von der anderen Seite spricht das Gesetz auch nur von dem Verhältniß zwischen dem Kinde und der Adoptivmutter, und für eine ausdehnende Auslegung ist kein Anhalt vorhanden. Lang a. a. O. S. 454, Schirmer röm. Erbr. I §. 11 Note 22.

erstreckt sich die gegenseitige Alimentationsverbindlichkeit der Aeltern und Kinder über das ganze Leben [1].

2. Die Erziehungsgewalt der Aeltern hört auf, sobald die Kinder der Erziehung entwachsen sind [2]. Außerdem kann die Erziehungsgewalt den Aeltern wegen Pflichtverletzung oder Unfähigkeit durch Richterspruch entzogen werden [3]. Ferner verliert der Vater sie, wenn ihm die väterliche Gewalt zur Strafe genommen wird [4], die Mutter durch Wiederverheirathung [5]. Endlich hört die Erziehungsgewalt der Aeltern durch Adoption des Kindes auf [6].

3. Die väterliche Gewalt nach ihrer vermögensrechtlichen Seite [7] hat folgende Beendigungsgründe [8].

a. Emancipation, d. h. Entlassung des Kindes aus der väterlichen Gewalt durch Willenserklärung des Vaters [9]. Die

---

§. 525. [1] Gilt dieß auch für Adoptivkinder nach aufgelöster väterlicher Gewalt? S. einerseits l. 13 D. de adopt. 1. 7, andererseits l. 14 pr. l. 55 pr. D. de R. N. 23. 2, und vgl. Puchta §. 445 Nr. 2 a. E. Seuff. Arch. IX. 303.

[2] Dieser Satz ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, aber folgt aus der Natur der Sache. S. jedoch auch Kraut Vormundsch. II S. 665.

[3] L. 1 §. 3 l. 3 §. 5 D. de lib. exh. 43. 30. S. auch l. 5 D. si a parente 37. 12. Diese Stellen sprechen nur von dem Vater; aber es kann keinem Zweifel unterliegen, daß für die Mutter nach dem Tode oder bei sonstigem Ausschluß des Vaters das Gleiche gelten muß. S. auch l. 1 C. ubi pup. 5. 49.

[4] S. Note 18. Burchardi Arch. f. civ. Pr. VIII S. 270.

[5] L. 1 C. ubi pup. 5. 49, Nov. 22 c. 38. Doch bleibt es der Obrigkeit, welche lediglich das Beste des Kindes zur Richtschnur zu nehmen hat, unbenommen, die Mutter in der Erziehung zu erhalten. Vgl. Glück XXIV S. 206, Rudorff Vormundsch. II S. 253, Sintenis III §. 140 Anm. 15.

[6] Durch die Arrogation und die adoptio plena wird das Kind einer fremden väterlichen Gewalt unterworfen, welche die Erziehungsgewalt sowohl des bisherigen Vaters, als der Mutter ausschließt. Ueber die adoptio minus plena und die Adoption durch eine Frau s. §. 524 Note 8. 9. — Die Emancipation hebt die Erziehungsgewalt des Vaters nicht auf, weil er sich durch dieselbe seiner Erziehungspflicht nicht entledigen kann.

[7] Soweit die väterliche Gewalt Erziehungsgewalt ist, gelten von ihr die Grundsätze unter Nr. 2.

[8] Die gleichen Beendigungsgründe hat natürlich die Gewalt des Großvaters 2c. Nur wird durch die Beendigung der Gewalt des Großvaters 2c. das Kind nicht nothwendigerweise gewaltfrei. Pr. I. quib. mod. ius 1. 12, l. 5 D. de his qui sui 1. 6, l. 10 D. de adopt. 1. 7. Vgl. Arndts §. 427.

Emancipation darf nicht formlos[10], sondern muß entweder vor Gericht in Gegenwart des Kindes[11], oder durch Erwirkung eines landesherrlichen Rescriptes geschehen; im letzten Falle muß das Kind, wenn es nicht noch im Kindesalter ist, seine Zustimmung hinterher vor Gericht erklären[12]. In gewissen Fällen kann der Vater zur Emancipation gezwungen werden[13]. Andererseits kann er Wiederaufhebung der Emancipation begehren, wenn das Kind sich gröblich gegen ihn verfehlt[14]. Durch die freiwillige Emancipation verliert der Vater den Nießbrauch an dem bis dahin erworbenen Vermögen des Kindes nur zur Hälfte[15].

---

9 Die Emancipation ist in Deutschland nicht unanwendbar, aber selten. Sie war bei den Römern berechnet auf den Fall, wo das Kind die Möglichkeit erlangt hatte, für sich selbst zu sorgen, und damit hört heutzutage die väterliche Gewalt von selbst auf. Vgl. Glück II S. 432, Kraut Vormundschaft II S. 643. Seuff. Arch. III. 268.

10 L. 3 C. de emanc. 8. 49. Stillschweigende Emancipation? L. 1 C. de patr. pot. 8. 47, l. 25 D. de adopt. 1. 7. Vgl. Arndts §. 426 Anm. 3, Heimbach in Weiske's RLex. VIII S. 34 Note 164.

11 S. g. emancipatio Iustinianea. L. 11 C. de emanc. 8. 49, §. 6 I. quib. mod. ius 1. 12. Aelteres Recht: Gai. I. 132, Ulp. X. 1.

12 S. g. emancipatio Anastasiana. L. 5 C. de emanc. 8. 49. — Im ersten Fall (Note 11) liegt die Zustimmung des Kindes in seinem Nichtwiderspruch. Gegen den Willen des Kindes kann die Emancipation nicht erfolgen, Paul. S. R. II. 25 §. 5, Nov. 89 c. 11 pr. Die Behauptung, daß diese Regel bei Adoptivkindern eine Ausnahme erleide, läßt sich aus l. 10 pr. C. de adopt. 8. 48, §. 3 I. eod. 1. 11, l. 132 pr. D. de V. O. 45. 1, auf welche Stellen man diese Ausnahme gestützt hat, nicht rechtfertigen. v. Buchholtz Abhandl. Nr. 17, Sintenis III §. 139 Note 63, s. auch Puchta §. 445. h; a. M. Vangerow I S. 480.

13 Nämlich: a) wegen Mißbrauchs der väterlichen Gewalt, l. 5 D. si quis a par. 37. 12; b) wenn er Etwas angenommen hat, was ihm mit der Auflage der Emancipation zugewendet worden ist, l. 92 D. de emanc. 35. 1; c) wenn der adoptirte Geschlechtsunreife nach erlangter Geschlechtsreife nachweist, daß ihm die Adoption unzuträglich sei, l. 32. 33 D. de adopt. 1. 7; d) im Fall der l. 16 D. de cur. fur. 27. 10. Vgl. überhaupt Vangerow I §. 257 Anm. Nr. 1.

14 L. un. C. de ingr. lib. 8. 50.

15 S. g. praemium emancipationis. L. 6 §. 3 C. de bon. quae lib. 6. 61, §. 2 I. per quas pers. 2. 9. Vgl. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII S. 190—200. Zweifel an der heutigen Gültigkeit des praemium emancipationis: Kraut Vormundsch. II S. 665—667.

b. Hingabe des Kindes in volle Adoption[16]. Gibt der Vater sich selbst in Adoption, so geht die Gewalt über seine Kinder auf den Adoptivvater über[17].

c. Von selbst hört die väterliche Gewalt auf:

α) in gewissen Fällen zur Strafe des Vater[18];

β) wenn der Sohn die bischöfliche Würde erlangt[19];

γ) nach heutigem Recht dadurch, daß das Kind im Stande ist, sich selbst zu erhalten, und in Folge davon sich von dem Haushalt des Vaters absondert; bei der Tochter auch durch ihre Verheirathung[20].

---

16 §. 6 I. quib. mod. ius 1. 12, §. 2 I. de adopt. 1. 11. Ueber die Behauptung, daß der Nießbrauch an dem zur Zeit der Adoption vorhandenen Vermögen dem leiblichen Vater verbleibe, s. §. 524 Note 4.

17 L. 2 §. 2 l. 15 pr. l. 40 pr. D. de adopt. 1. 7.

18 Wegen Aussetzung des Kindes, l. 2 C. de infant. expos. 8. 52, c. un. X. de inf. expos. 5. 11; wegen Verkuppelung der Tochter, l. 6 C. de spectac. 6. 40 (l. 12 C. de episc. aud. 1. 4); wegen Eingehung einer blutschänderischen Ehe, Nov. 120 c. 2. In Betreff der beiden ersten Fälle ist a. M. v. Buchholtz Abhandl. Nr. 16; vgl. Sintenis §. 143 Anm. 8.

19 Nov. 81 c. 3. Die sonstigen Würden, welchen das römische Recht die gleiche Bedeutung beilegt (l. 5 C. de consul. 12. 3, Nov. 81 pr. c. 1, vgl. l. 66 C. de decur. 10. 31) kommen heutzutage nicht mehr vor. Vgl. Marezoll a. a. O. S. 201—203.

20 Früher sprach man in diesem Falle von einer emancipatio tacita, oder Germanica, oder Saxonica. S. über dieses Institut Kraut Vormundsch. II S. 644—667, dessen Darstellung fast wörtlich wiederholt ist von Heimbach in Weiske's RLex. XII S. 70—82. — Besondere Fragen: 1) Hört die väterliche Gewalt auch dadurch auf, daß das Kind sich zwar von dem Haushalt der Aeltern trennt, aber für sich keine besondere Wirthschaft begründet, sondern z. B. als Dienstbote, Handwerksgeselle, Handlungsgehülfe ꝛc. sich seinen Unterhalt erwirbt? Diese Frage ist ohne Zweifel zu bejahen, und daher der Ausdruck, welchen man der Regel gewöhnlich gibt: die väterliche Gewalt höre auf durch Begründnng einer separata oeconomia, zu enge. Doch muß sowohl die Trennungsabsicht des Kindes, als die von ihm gewonnene selbständige Stellung keine bloß vorübergehende sein, obgleich andererseits einzelne zur Erleichterung gewährte Zuschüsse des Vaters nicht schaden. Kraut S. 657. Seuff. Arch. III. 269 Nr. 1 und 3, III. 339, XI. 51, XII. 168, XVII. 257. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I Nr. 52. 2) Hört die väterliche Gewalt auch bei der Tochter dadurch auf, daß sie auf Grund eigener Subsistenzmittel sich von dem väterlichen Haushalt trennt? Es ist kein Grund vorhanden, diese Frage zu verneinen. Kraut 658 fg. Seuff. Arch. III. 269 Nr. 4. 3) Wird die Tochter durch die Verheirathung als solche von der

δ) Daß die väterliche Gewalt auch durch den Tod des Vaters aufhört, versteht sich von selbst. Dagegen wird durch den Tod des Kindes der Nießbrauch des Vaters am Vermögen desselben nur dann aufgehoben, wenn er dieses Vermögen ganz oder theilweise erbt[21].

Drittes Kapitel.

Die Vormundschaft.

§. 526.

Wenn ein Kind den älterlichen Schutz in einem Lebensalter verliert, in welchem es selbst für sich zu sorgen noch nicht im Stande ist[1], so ist es Recht und Pflicht der obervormundschaft-

---

väterlichen Gewalt frei, oder nur dann, wenn mit derselben Anlegung eines besonderen Haushaltes verbunden ist? Für die erstere Meinung mit der Mehrzahl der Juristen Kraut S. 660 fg.; für die letztere Seuff. Arch. III. 270. 4) Bedarf das Kind zur Trennung von dem väterlichen Haushalt eines bestimmten Alters oder der Zustimmung des Vaters? S. über diese Frage Kraut S. 649 fg. 654 fg., Seuff. Arch. III. 269 Nr. 2, XVI. 58. 5) Kann der Vater auch bei dieser Beendigung der väterlichen Gewalt das praemium emancipationis zurückbehalten? Die Verneinung dieser Frage ist ganz unzweifelhaft. Kraut S. 666.

[21] Nov. 118 c. 1. 2. S. v. Löhr Arch. f. civ. Pr. X S. 165 fg., Marezoll a. a. O. S. 203 fg., Vangerow II §. 416 Anm. 3 und die übrigen von dem Letzteren Citirten.

* Dig. 27. 2 ubi pupillus educari vel morari debeat. Cod. 5. 49 ubi pupillus morari debeat. — Burchardi Arch. f. civ. Pr. VIII. 8. v. Buchholtz juristische Abhandlungen Nr. 20. Glück XXX S. 215 fg., XXXII S. 155 fg. Rudorff Recht der Vormundschaft II S. 249 fg. Kraut die Vormundschaft II S. 125 fg. — Hierher gehört nur die persönliche Seite der Vormundschaft; von der Vormundschaft nach ihrer vermögensrechtlichen Seite ist bereits §. 432 fg. gehandelt worden. Vgl. §. 432 Note 4. §. 526.

[1] Es ist nicht bloß an den Fall des Todes der Aeltern zu denken, sondern auch an den Fall, wo sie unfähig oder rechtlich ausgeschlossen sind. S. l. 1 §. 3 l. 3 §. 5 D. de lib. exh. 43. 30 und §. 525 Note 3—5.

lichen Behörde, diejenige Person zu bestimmen, welcher die Erziehung des Kindes übertragen werden soll[2]. In Ermangelung einer solchen Bestimmung hat der für das Vermögen des Kindes bestellte Vormund sich auch der Person desselben anzunehmen[3], wie es dem Vormunde auch obliegt, den von der obervormundschaftlichen Behörde bestellten Erzieher zu überwachen[4]. Bei der Auswahl des Erziehers muß die obervormundschaftliche Behörde vorzugsweise die letztwilligen Anordnungen des Vaters berücksichtigen[5]; im Uebrigen verfährt sie nach ihrem freien Ermessen[6]. Gegen Angehörige des Kindes, welche die Uebernahme der Erziehung verweigern, kann sie im Nothfall mit Zwangsmaßregeln vorgehen[7]. —

Für Wahnsinnige, Kranke und Gebrechliche hat, soweit die Verwandten sich derselben nicht annehmen[8], der Vormund zu sorgen[9].

---

2 L. 1 pr. l. 5 D. h. t., l. 1 C. h. t. R. P. O. v. 1577 Tit. 32 §. 3 a. E.

3 Nach der R. P. O. v. 1577 Tit. 32 §. 3 soll der Vormund schwören: „daß er seinen Pflegkindern und ihren Gütern getreulich und erbarlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen und verwahren . .". S. auch l. 12 §. 3 D. de adm. 26. 7: „quum non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur".

4 S. die Stellen in Note 3.

5 L. 1 §. 1 D. h. t., l. 7 D. de ann. 33. 1, l. 1 §. 10 D. de insp. ventre 25. 4. Vgl. 514 Note 7.

6 L. 1 §. 1 l. 5 D. l. 1. 2 C. h. t.

7 L. 1 §. 2 D. l. 1 C. h. t.

8 L. 13 §. 1 l. 14 D. de off. praes. 1. 18, l. 22 §. 7. 8 D. sol. matr. 24. 3. Verlassen des Wahnsinnigen ist für De- und Ascendenten Enterbungsgrund, Nov. 115 c. 3 §. 12, c. 4 §. 6.

9 L. 7 pr. D. de cur. fur. 27. 10. Diese Stelle spricht nur von Wahnsinnigen; aber ihre Uebertragung auf Personen, welche wegen körperlicher Krankheit für sich selbst zu sorgen nicht im Stande sind, unterliegt keinem Bedenken.

Register.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Zusätze und Verbesserungen.

I. Zusätze.

A. Zur ersten Abtheilung.

Seite 8 Note 9: vgl. §. 464 Note 4.
— 25 Note *: Cohnfeldt die Lehre vom Interesse nach römischem Recht. Mit Rücksicht auf die neuere Gesetzgebung. 1865.
— 39 Zeile 7 v. u.: Seuff. Arch. XVIII. 218.
— 46 Note *: Ude Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 10. 14.
— 94 Note 3: Unger Jahrb. f. Dogm. VIII. 7 (1866).
— 99 Zeile 8 v. u. hinter „(Darmstadt)": vgl. XIX. 24.
— 100 Zeile 13 v. o. hinter „(Zahlungszeit)": Seuff. Arch. XVIII. 137.
— 104 Note 14: Buchka u. Budde Entscheidungen V S. 230. 236.
— 106 „ *: v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen §. 18.
— 120 (Nr. 6): s. d. Berichtigung §. 519 Note 10.
— 125 Zeile 14 v. u.: Fortsetzung des Fritz'schen Aufsatzes: XXII. 12 (1865).
— 129 Zeile 4 v. u.: Seuff. Arch. XIX. 22.
— 132 Note 1: Brinkmann Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum S. 142 fg.
— 157 Note *: F. Dahn Zeitschr. f. Handelsr. IX S. 503 fg. (1866).
— 167 „ 11: Unger Jahrb. f. Dogm. VIII. 5 (1866).
— 174 „ 5: Brinz Pandekten S. 370 fg. (410 fg. 443 fg.), Unger Jahrb. f. Dogm. VIII. 1 (1866).
— 176 Note 13: Seuff. Arch. XVIII. 221.
— 177 „ 2: Schmid Cession I S. 389 fg.
— 177 „ 3: Schmid Cession I S. 374 fg. 384 fg.
— 181 „ 4 Zeile 6: Seuff. Arch. XVIII. 126, XIX. 100.
— 182 „ *: Ude Arch. f. civ. Pr. XLVIII. S. 247 fg., Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 224—243.
— 183 Note 4: Römer Leistung an Erfüllungsstatt S. 101 fg., Buchka und Budde Entscheidungen V S. 225.
— 189 Zeile 4 v. u.: Seuff. Arch. XVIII. 12.
— — „ 6 v. u.: Spruchcollegium zu Rostock (Seuff. Arch. XIX. 33).
— 199 Note 1a: Seuff. Arch. XIX. 32.
— 202 „ 7 a. E.: Seuff. Arch. XVIII. 239.

Seite 203 Note 10: Brinz Pandekten S. 410. 443, Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 6 fg.
— 228 „ 6 a. E. Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 300 fg.
— 234 „ 11: Schmid Cession II S. 122.
— 235 „ 1 a. E.: Seuff. Arch. XIX. 26.
— 236 „ 7: Buchka u. Budde Entscheidungen V S. 221.
— 237 „ 10: Dernburg Pfandrecht II S. 449 fg.
— 244 „ 5: Unübertragbarkeit der Forderung aus dem pactum de mutuo dando, Seuff. Arch. XIX. 35.
— 247 Zeile 3 v. u.: Seuff. Arch. XIX. 36.
— 249 Note *: Zimmermann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV. 4.
— 251 „ *: Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII. 8 (1866).
— 257 „ 3 (§. 341): Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 88 fg.
— 258 „ 10 fg.: Römer die Leistung an Zahlungsstatt nach römischem und gemeinem Recht, mit Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen. 1866.
— 269 Note 8 a. E.: Seuff. Arch. XIX. 34.
— 283 (§. 350): Compensation gegen Compensation? Buchka u. Budde Entscheidungen V S. 238.
— 285 Zeile 5 v. u.: Seuff. Arch. XVIII. 232.
— 293 Note *: Salkowski zur Lehre von der Novation nach römischem Recht. 1866. — Recensionen des Buches von v. Salpius: von Baron Schletters Jahrb. XI S. 198—220 (1865), von Witte krit. VJSchr. VIII. 6. 12 (1866).
— 301 Zeile 12 v. u.: l. 7 §. D. de pec. 15. 1. (§. 518 Note 3).
— 302 „ 20 v. u.: Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 106 fg.

B. Zur zweiten Abtheilung.

— 5 §. 365 a. E. füge hinzu als Note 4: S. §. 304 Note 10.
— 85 §. 390 Nr. 1. a. c.: Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLIX. 8 (1866).
— 105 Note 23: Seuff. Arch. XIX. 27.
— 110 „ 9: Seuff. Arch. XIX. 28. 29.
— 122 „ 7: vgl. Seuff. Arch. XIX. 30.
— 126 „ 5: Seuff. Arch. XIX. 38.
— 127 „ 10. Wie das OAG. zu Oldenburg, hat auch das OAG. zu München am 2. März 1866 entschieden, Bl. für Rechtsanwendung 1866 S. 172.
— 143 Note 4: Seuff. Arch. XIX. 44.
— 147 „ 1: Seuff. Arch. XIX. 40.
— 217 Zeile 7. 8 v. u.: Seuff. Arch. XIX. 43.
— 221 Note 1: Seuff. Arch. XIX. 42.
— — „ 2: Seuff. Arch. XIX. 33. 42.
— 321 „ 1a: Gimmerthal Arch. f. pr. RW. N. F. III. S. 225 fg.
— 328 „ 4: Anzeige des Randa'schen Buches von Arndts, krit. Ueberschau VIII. 13.
— 331 „ *: Stölzel Jahrb. f. Dogm. VIII. 6 (1866).
— 476 „ 1: Ueber die Meinung, daß nach heutigem Recht auch der Mutter nach dem Tode des Vaters eine Gewalt mit gleicher rechtlicher Wirkung zukomme, s. Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen I. 16 und Kraut II S. 68 fg.

II. Verbesserungen.

(Siehe auch S. VI.)

A. Zur ersten Abtheilung.

Seite 10	Zeile	9 v. u. l. 4 st. 3.
— 11	„	15 v. u. l. 2 st. 4.
— 12	„	5 v. u. l. 1 st. 2.
— 13	„	12 v. o. ist hinter „Obligation" das Notenzeichen 1 zu setzen.
— 22	„	2 v. u. l. 11 st. 12.
— 25	„	10 v. u. l. Schöman st. Schömann.
— 29	„	11 v. o. l. 3 st. 4.
— 30	„	14 v. u. l. Verbindlichkeit st. Verbindlichkeiten.
— 32	„	6 v. u. l. 255 st. 225.
— 36	„	5. 6. v. o. ist das Notenzeichen in die 6. Zeile hinter „werden" zu rücken.
— 39	„	7 v. u. l. noch st. nach.
— 45	„	11 v. u. l. Nov. 18 c. 8 st. Nov. 18 c. 10.
— 46	„	3 v. u. ist hinter „obligatio" ausgefallen „est".
— 47	„	17 v. o. l. 31 st. 32.
— —	„	18 v. o. l. 30 st. 31.
— 50	„	13 v. u. ist hinter „nisi" ausgefallen „tamen".
— 56	„	15 v. u. l. Meyerfeld st. Meyerfeldt.
— 57	„	11 v. u. l. damnatione und damnationem st. condemnatione und condemnationem.
— 59	„	20 v. o. l. 42. 8 st. 42. 7.
— 61	„	6 v. o. ist das Notenzeichen 2 in 3 zu verwandeln.
— 66	„	7 v. u. l. „fuerit" st. est.
— 70	„	6 v. u. l. patiatur st. patitur.
— 73	„	20 v. u. l. Schöman st. Schömann.
— 78	„	11 v. o. ist hinter „ist" das Notenzeichen 6 zu setzen.
— 81	„	12 v. u. l. 46. 2 st. 46. 1.
— 84	„	19 v. o. l. XV. st. XIV.
— —	„	25 v. o. l. XIII. st. XII.
— 86	„	9 v. u. l. 32 st. 23
— 87	„	11 v. u. l. Verzug st. Vorzug.
— 90	„	6 v. u. streiche das erste „in".
— 98	„	13 v. o. l. 1858 st. 1838.
— 99	„	13 v. u. l. mensae st. menstae.
— 100	„	3 v. u. l. videri st. esse.
— —	„	4 v. u. l. 26 §. 2 st. l. 26.
— 110	„	11 v. u. l. Verbindlichkeit st. Verbindlichkeiten.
— 114	„	4 v. o. l. Jahrb. d. gem. R. st. Jahrb. f. Dogm.
— 117	„	16 u. 19 v. o. l. 36. 3 st. 36. 2.
— 118	„	14 v. u. l. Rückforderungsrechts st. Forderungsrechts.
— 120	„	12 v. o. l. 25 st. 24.
— —	„	20 v. o. l. Pfordten st. Pforden.
— 124	„	4. 8. 14 v. o. ist das Notenzeichen 5 in Zeile 8 hinter „macht", das Notenzeichen 6 in Zeile 14 hinter „ist" zu setzen.
— 125	„	20 v. u. l. der Correalobligation st. den Correalobligationen.
— 125	„	14 v. u. l. XVIII. 18 st. XVIII. 8.
— 133	„	9 v. u. l. 175 st. 177.

Seite 133	Zeile	11 v. u.	ist hinter „alteri“ ausgefallen „reo“.
— —	„	12 v. u.	l. sint st. sunt.
— 135	„	8 v. u.	ist hinter „est“ ausgefallen „iusiurandum“.
— 136	„	15 v. o.	l. etenim st. enim.
— 140	„	16 v. u.	l. e st. et.
— 145	„	2 v. o.	l. 13 st. 14.
— —	„	16 v. o.	l. denn st. dann.
— 146	„	12. 13. v. o.	ist zu streichen: l. 5 §. 1 i. f. D. quod iussu 15. 4.
— 154	„	11 v. o.	ist hinter „ist“ das Notenzeichen 1 ausgefallen.
— 156	„	13 v. u.	l. Indossatar st. Indossaten.
— 160	„	9 v. u.	l. Gegner st. Gläubiger.
— 167	„	8 v. u.	l. 1865 st. 1863.
— 173	„	1 v. u.	l. Heise st. Heyse.
— —	„	10 v. u.	l. 24. 1 st. 241.
— 176	„	6 v. o.	l. 308 st. 298.
— 180	„	1 v. u.	l. de inut. stip. 8. 39 st. de contr. stip. 8. 38.
— 183	„	5 v. o.	l. 6 st. 7.
— —	„	8 v. u.	l. her. vel act. st. auct. vel her.
— —	„	2 v. u.	l. 2 st. 3.
— 185	„	10 v. u.	l. verlangt st. erlangt.
— 187	„	2 v. o.	l. Herausgabe an einen st. Herausgaben an eine.
— 188	„	2 v. o.	ist hinter „Erben“ das Notenzeichen 9 ausgefallen.
— —	„	21 v. o.	l. nach st. noch.
— 191	„	11 v. o.	l. 17 st. 16.
— 213	„	2 v. o.	ist hinter „besitzt“ das Notenzeichen 1 ausgefallen.
— 214	„	17 v. u.	ist hinter „venditionis“ ausgefallen „contractae“.
— 215	„	11 v. u.	muß das Notenzeichen 5 heißen st. 6.
— 219	„	4 v. u.	l. Untergang st. Uebergang.
— 222	„	14 v. u.	l. 18. 4 st. 28. 4.
— 223	„	3 v. u.	l. Note 1 st. der vorigen Note.
— 238	„	13 v. u.	l. Note 1 st. Note 3.
— 239	„	2 v. u.	l. contigit st. contingit.
— 240	„	11 v. o.	l. sit st. est.
— 241	„	9 v. o.	l. XIII. st. XII.
— 245	„	15 v. u.	l. Note 8 st. Note 9.
— 248	„	8 v. o.	l. das Notenzeichen: 1 st. 5.
— 249	„	17 v. u.	l. 205 st. 257.
— 251	„	8 v. u.	l. erwuchs st. anwuchs.
— 259	„	19 v. u.	l. porrectum st. prorrectum
— 263	„	5 v. o.	l. das Notenzeichen: 29 st. 20.
— —	„	19 v. u.	l. 12. 6 st. 11. 6.
— 270	„	20 v. u.	l. stelle st. stellte.
— —	„	3. 7. 8 v. u.	l. -oblation st. -obligation.
— 279	„	19 v. o.	ist vor „auf“ ausgefallen „sich“.
— —	„	21 v. o.	ist vor „ipso“ ausgefallen „an“.
— 283	„	17. 18 v. o.	l. in compensationem non veniunt.
— 284	„	14 v. o.	ist ausgefallen: l. 7 pr. D. h. t.
— 286	„	5 v. o.	l. sint st. sunt.
— 292	„	7 v. u.	l. alter st. alteri.
— 295	„	7 v. u.	l. atque st. et.
— 296	„	3 v. u.	l. 1 st. 11.
— 304	„	19. 20. v. o.	l. die Verschuldung st. das Verschuldete.
— 315	„	20 v. o.	l. VI. 7 st. VI. 6.
— 318	„	23 v. u.	l. Delictsforderung st. Delictsforderungen.

B. Zur zweiten Abtheilung.

Seite	9	Zeile	3	v. o. streiche „ferner."
—	13	„	15	v. u. l. §. 5 st. §. 2.
—	31	„	16	v. o. streiche „nur".
—	35	„	21	v. u. l. Letzte st. letzte.
—	43	„	24	v. u. l. Andere st. andere.
—	59	„	1	v. o. l. sonstiger st. sonstigen.
—	—	„	5	v. o. l. h. t., l 3 st. h. t. l., 3.
—	60	„	15	v. o. l. ihm st. ihn.
—	73	„	23	v. u. l. Unger st. Unge.
—	129	„	13	v. u. l. 3 st. 2.
—	145	„	4	v. u. schalte hinter „Concurs" das Notenzeichen 15 ein.
—	151	„	16	v. u. l. erhebende st. erhebenoe.
—	187	„	22	v. u. l. noch st. nach.
—	214	„	15	v. o. l. des st. das.
—	230	„	11	v. u. l. Anwendbarkeit st. Anwendung.
—	235	„	21	v. u. l. tutorem st tutorum.
—	245	„	4	v. u. l. des neuen Vormundes st. des Vormundes.
—	247	„	12	v. u. l. praestando st. praestand.
—	250	„	—	v. u. l. l. 57 pr. D. st. D. 57 pr.
—	264	„	2	v. u. l. §. 151 st. §. 15.
—	—	„	3	v. u. l. 27. 3, st. 27. 31.
—	279	„	18	v. u. l. h. t. (st. h. (t.
—	280	„	4	v. u. streiche eine.
—	285	„	9	v. u. l. gegeben st. geben.
—	296	„	11	v. o. l. exerc. st. excerc.
—	299	„	11	v. u. ist vor „Aquilia" ausgefallen „lex".
—	307	„	4	v. u. l. §. 6 st. §. 7.
—	312	„	9	v. o. l. zugleich st. gleichzeitig.
—	313	„	13	v. o. l. extorqueat st. exstorqueat.
—	317	„	2	v. o. l. de st. do.
—	—	„	3	v. u. l. l. 1 pr. st. l. pr.
—	321	„	15	v. u. schalte hinter „Sachsen" ein: N. F.
—	327	„	6	v. u. „ „ „ „ „
—	—	„	7	v. u. l. Laspeyres st. Laspeyers.
—	335	„	17	v. o. l. entgegengesetzten st. entgegensetzten.
—	356	„	14	v. o. l. 9. 2 st. 9. 1.
—	357	„	18	v. u. l. S. st. So.
—	361	„	4	v. o. l. 19 st. 16.
—	—	„	12	v. u. l. Nießbrauchers st. Nießbrauchs.
—	—	„	13	v. u. l. dieser st. dießer.
—	364	„	17	v. u. l. obtulit st. obstulit.
—	366	„	19	v. o. l. IX. 190 st. IX. 90.
—	369	„	17	v. u. l. Verbindlichkeit st. Verbindlichkeiten.
—	381	„	1	v. u. l. 235 st. 335.
—	386	„	2	v. u. ist das , hinter „eintrete" zu streichen.
—	387	„	11	v. o. l. erklären st. erkären.
—	390	„	15	v. u. l. 1833 st. 1853.
—	—	„	12	v. u. l. 25 st. 35.
—	391	„	2	v. u. l. institoria st. institoriae.
—	400	„	9	v. u. l. gerichtetes st. gerichtes.
—	403	„	14	v. u. l. 24 st. 14.
—	408	„	4	v. o. l. 9 st. 4.
—	410	„	9	v. o. l. sin st. sic.
—	411	„	5	v. u. l. entgegengesetzte st. entgegesetzte.

Seite	411	Zeile	15	v. u.	l. hauptsächliche	st. hauptsächlich.
—	419	"	14	v. o.	l. communicatio	st. consociatio.
—	432	"	21	v. u.	l. Czyhlarz	st. Czychlarz.
—	437	"	14	v. u.	l. 24. 3	st. 24. 5.
—	440	"	1	o. u.	l. Vat.	st. Vatr.
—	441	"	17	v. u.	l. 11	st. 13.
—	448	"	6	v. o.	l. C	st. D.
—	—	"	24	v. o.	l. relinquatur	st. reliquatur.
—	—	"	2	v. u.	l. ihm	st. ihn.